Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

X.

Zur Lehre vom ſogenannten Beweis durch Kunſt- und Sach-Verſtändige, insbeſondere aber über deren von Amtswegen verfügte Beiziehung im Civilprozeß.

Von

Herrn Actuarius **Walther** zu Rudolſtadt.

(Beſchluß des Aufſatzes nr. V. in dem vorigen Hefte)

§. 9.

Ueber die Befugniß des Richters, Sachkundige im Civilproceß von Amtswegen beizuziehen.

Nach der in der Civilproceß-Theorie angenommenen Verhandlungsmaxime, darf der Richter mit ſeiner Thätigkeitsäuſſerung bekanntlich nicht eher hervortreten, als bis ein parteiliches Begehren ſie in Anſpruch nimmt. Wie ſehr aber die aufgeſtellte Grundregel: **non procedat judex ex officio** mannichfache Modificationen erleidet, zeigt ſich beſonders zur Zeit der Urtheilsfällung. Hier iſt es nämlich keine ſeltene Erſcheinung, daß der Richter, trotz des, von den ſtreitenden Theilen bereits gelieferten, Entſcheidungsmaterials, zur ſofortigen Abfaſſung eines Erkenntniſſes deshalb noch nicht befähigt iſt, weil bei ſeiner Reflexion gewiſſe Vorfragen exiſtent werden, die nothwendiger Weiſe beſeitigt ſein müſſen, ehe ihm die Möglichkeit zu Gebote ſteht, aus den erwieſenen Vorderſätzen die, die richterliche Entſcheidung bedingenden Schlüſſe zu ziehen. Häufig werden ſolche Hinderniſſe, in Folge des richterlichen Frage- und Aufhellungsrechts, durch bloßes Fragеſtellen, nachträgliche Vernehmungen, Beſichtigungen u. dgl. leicht aus dem Wege geräumt, aber vielleicht ebenſo oft laſſen ſich jene Vorfragen auf keine andere Weiſe erörtern, als durch

das Zuhülfenehmen einer fremdartigen, dem Richter weder anwohnenden, noch, aus ſpäter anzugebenden Gründen, in ſeiner Perſönlichkeit zu vermuthenden Geiſtesbildung, in dem Inſtitut der Kunſt- und Sach-Verſtändigen. Dabei ſollte man kaum die Frage erwarten: wer die Beiziehung der Letzteren zu verfügen habe. Denn da es ſich in dieſem Stadium des Proceſſes lediglich um die juriſtiſche Beurtheilung ſchon erwieſener, actenkundiger Facta handelt, wobei eine Thätigkeit der Parteien gar nicht mehr in Frage kömmt, ſo iſt nichts natürlicher, als daß der Richter die Sachkundigen, zu ſeiner endlichen Information, unaufgefordert herbeiruft [81]). Bei einem Zugeſtändniß zu Gunſten der Parteien, würde man ſich daher nicht nur unverzeihlicher Eingriffe in den Kreis der richterlichen Thätigkeit ſchuldig machen, ſondern auch das dem Richter anvertraute Entſcheidungsrecht theilweiſe gewiſſermaaßen zurücknehmen. Sehr bezeichnend ſagt deshalb v. Gönner

81) Lediglich von dieſem Standpunkte aus betrachte ich die Zuziehung der Kunſt- und Sach-Verſtändigen im Civilproceß von Amtswegen als gerechtfertigt, und kann nur dann eine Ausnahme von der Regel anerkennen, wenn der Gegenſtand der Begutachtung ſchneller Vergänglichkeit unterworfen iſt Am Beifall bewährter Rechtsgelehrten fehlt es keineswegs. So ſagt Durantis l. c. fol 762. pr. ganz im Sinne des Angegebenen: Quoniam pertinet, auditis et in scriptis habitis allegationibus, conclusoque legitime in negotio, quod judex deliberare et peritos consulere debet, qualiter pronunciandum sit, idcirco de consiliis et consiliariis aliqua pertractemus. Vergl. aber auch: Gönner a. a. O. §. 7. VII. Mittermaier a. a. O. S. 123. B. Hefftter Inſtitut. S. 227 a. E. Buchta in der Zeitſchrift a. a. O. S. 62. Martin Civilproc. §. 184 und §. 218. a. E. Bayer Vorträge S. 363 u. 64. Der Fall, wo der Richter, bei ungehorſamer Unterlaſſung des von ihm auferlegten Beweiſes durch Sachkundige, dieſelben nach dem ausgeſprochenen Präjudiz von Amtswegen beziehr, begründet deshalb keine fernere Ausnahme vom Obigen, weil die Letzteren dadurch nicht aufhören, Beweismittel zu ſein.

ner: Die Beiziehung der Kunstverständigen von Amtswegen, gehört als Gegenstand der Reflexion lediglich in die Sphäre des Richteramtes, und ist vom Vorbringen der Partheien über die Reflexion ganz unabhängig. Die erwähnte Berechtigung des Richters, Kunst- und Sachverständige sich zu adjungiren [32]), tritt aber, nochmals gesagt, nie unbedingt, sondern immer nur dann ein, wenn zur Entscheidung eines Rechtsstreites die Beurtheilung actenkundiger Facta sich nöthig macht, die eben auf keine andere Weise, als durch eine Thätigkeitsäußerung kunst- und sachverständiger Personen geschehen kann, und es ist jedenfalls ein großer Mißbrauch der richterlichen Gewalt, wenn von der besprochenen Befugniß auf Kosten der, immer nur den Partheien obliegenden Beweisführung, Gebrauch gemacht wird [33]).

Wir sahen bisher, daß und wann der Richter berechtigt ist, Kunst- und Sach-Verständige von Amtswegen beizuziehen, jetzt kommen wir aber zu der, theilweise schon da-

---

32) Ist der Richter hierin säumig, dann haben die Parteien ganz gewiß das Recht, ihn an seine Schuldigkeit zu erinnern; den Character einer Beweisantretung oder Anticipirung, nimmt diese Erinnerung jedenfalls aber nicht an.

33) Sowohl das römische und canonische Recht (vgl. §. 2. A. l. 2. 3 und §. 3. 3.) als auch die älteren Juristen cf. Bartoli de Saxof. in prim. C. part. Comment ad C. IV. 21 (De fid. instr.) cst. 20. fol. 269b. nr. 2. l. c. Panormitan l. c. fol. 7b. nr. 3. Campegius l. c. fol. 715. 5—7 reden in ganz allgemeinen Ausdrücken von dem richterlichen Gebrauch der Fachkundigen, ohne ihn auf eine bestimmte Periode des Processes zu beschränken; die in diesem Archiv Bd. 2. S. 126. not. 17 Angeführten, erlauben die Ausübung jener Befugniß in jedem Momente des Processes (auch Puchta Gränzen des Richteramtes S. 44). Dagegen behauptet Seeger a. a. O. S. 82. Wenn auch die Vernehmung der Sachverständigen nach dem Productionsverfahren die Regel bilde, so werde doch zugegeben, daß es dem Richter gestattet sei, auch zu jeder anderen Zeit nach Umständen die Vernehmung der Ersteren einzuleiten.

durch beantworteten, und deshalb höchſt wichtigen Frage, weil durch ſie allein die Differenz der beiden, zu Grunde gelegten Hauptfälle erklärt wird:

> Wann muß eine Partei die Fachkundigen als Beweismittel gebrauchen, und wann kann ſie ſich darauf verlaſſen, daß das Gericht ſelbſt ſie als Gehülfen beiziehen werde?

Darüber Folgendes.

Sowie der beweispflichtigen Partei im Allgemeinen die freie Wahl unter den einzelnen Beweismitteln zuſteht, ſo iſt derſelben insbeſondere auch der Gebrauch der Kunſt- und Sach-Verſtändigen inſofern anheim gegeben, daß man ihr überläßt, im concreten Fall davon Gebrauch zu machen oder nicht. Wenn und ſo oft aber die Erweislichmachung der, zum Beweisſatz gehörigen Punkte auf keine andere Weiſe als unter Mitwirkung der Geiſtesbildung Kunſt- und Sach-Verſtändiger bemöglicht werden kann, dann iſt die Wahl der Beweismittel einzig und allein auf die Experten beſchränkt, und der Beweispflichtige muß durch ſie zu beweiſen ſuchen, wenn er nicht in Rechtsnachtheile verfallen will. Tritt dagegen der ſchon bemerkte Fall ein, daß die Parteien in ihrem factiſchen Vorbringen ſich gänzlich erſchöpft haben, der Richter aber zur Urtheilsfällung deshalb noch nicht im Stande iſt, weil die Beurtheilung jenes Vorbringens durch die Anwendung beſonderer, bei ihm nicht zu ſuchenden Kunſt- und Sach-Kenntniſſe noch abhängt, dann muß der Richter ohne Zweifel die Beiziehung von Fachkundigen ohne vorgängigen Antrag verfügen.

Nur auf dieſe Weiſe kann die, in dieſer Lehre vorzüglich nöthige, Deutlichkeit der Begriffe erhalten werden, und es war mir rein unmöglich, mit der Anſicht derjenigen Rechtsgelehrten mich zu vereinigen, welche in dem Umſtand, ob der Richter Fachkundige von Amtswegen, oder auf Antrag der Parteien beizieht, nur einen zufälligen Unterſchied er-

blicken, der niemals geeignet sei, eine rechtliche Verschiedenheit hervorzubringen [34]).

§. 10.

Bei Zuziehung der Fachkundigen von Amtswegen, ist weder ein Beweisinterlocut erforderlich, noch der Richter durch eine Frist beschränkt.

Wenn der Fall vorliegt, daß die Parteien in ihrem factischen, zur Ueberzeugung des Richters bewirkten, Vorbringen

---

34) Zu diesen Rechtsgelehrten gehört auch Seeger. Derselbe erkennt zwar die Richtigkeit des doppelten Gebrauchs der Fachkundigen (cf. §. 10, 11. §. 31 seiner Abhandlung) an, bezweifelt aber die Richtigkeit des von Mittermaier angenommenen Unterschiedes, indem derselbe sich nur an die Studien des gerichtlichen Verfahrens, an die Form allein anschließe, und nicht in der Sache sebst liege (§. 31). Auch scheine in der That, wenn man von Mittermaiers Prämissen ausgehe, kein Grund vorhanden zu sein, warum nicht auch alsdann, wenn es zu Fällung des Urthels komme und dem Richter jetzt erst Fragen aufstoßen welche er in Ermangelung von besonderen Fachkenntnissen nicht lösen könne, der beweispflichtigen Partei auferlegt werden sollte, darüber weiteren Beweis zu führen. Der Ablauf der Beweisfrist könne nicht entgegenstehen, da das Beweisdecret in solchem Fall jene Fragen nicht enthalten haben würde, — Wenn man nun aber in Erwägung zieht, daß gerade durch jenen Unterschied, zum großen Vortheil der ganzen Lehre, sichere Gränzlinien zwischen der Thätigkeit der Parteien und der des Richters gefunden werden, daß ferner, bei Seegers Ansicht, der Gebrauch der Fachkundigen von Amtswegen, lediglich der Willkühr preisgegeben ist (was man doch in einer Wissenschaft nicht antreffen soll) zum Nachtheil der Litizirenden doppelte kostspielige Beweisführungen ins Leben gerufen, und endlich dadurch dem Richter die, gemeinrechtlich doch begründete, Obliegenheit, Processe in jedem Fall nach Möglichkeit abzukürzen, hier benommen wird, dann dürften die obigen Aufstellungen gewiß als gerechtfertigt erscheinen. Es würde mir zum besonderen Interesse gereichen, wenn man diese Worte einer Erwiederung werth halten wollte.

ſo vollſtändig ſich erſchöpft haben, daß an eine Erweislichmachung zum Thema probandum gehöriger Punkte gar nicht mehr gedacht zu werden braucht, daß es ſich aber, um ein Erkenntniß faſſen zu können, noch um die Erörterung von Fragen handelt, die einzig und allein einem, in einer beſonderen Kunſt, Wiſſenſchaft oder Sachkenntniß geübten Sinn mit Zuverläſſigkeit erkennbar ſind, dann iſt es, bei der gänzlich erloſchenen Thätigkeit der Parteien, lediglich Sache des Richters, ſich durch Erledigung des bemerkten Deſiderii zur Urtheilsfällung zu befähigen. Die Ertheilung eines Beweisinterlocuts würde aber in dieſem Fall eben ſo total zwecklos ſein [35]), als wenn man die geiſtige Thätigkeit des Richters durch Fortſetzung einer Friſt jetzt beſchränken wollte. Denn da in gegenwärtigem Falle weder Beweis geführt wird noch werden ſoll, ſondern der Richter lediglich für die Beurtheilung der Sache ſich präparirt, was oft auch erſt nach geführtem Beweiſe geſchieht, ſo kann man auch weder von Einhaltung einer Beweisfriſt [36]), noch überhaupt von einer Beweisführung oder Beweismitteln [37]) ſprechen. Man würde bei der Annahme des Gegentheils dem Grundſatz des, auf die Verhandlungsmaxime gebauten, deutſchen gemeinen Civilproceſſes, daß nicht der Richter, ſondern immer nur die Parteien den Beweis für den Richter führen, auf eine nicht zu billigende Weiſe zu nahe treten.

---

35) Mittermaier a. a. O. S. 124. a. E.

36) Claproth a. a. O. II. §. 303. nr. 4. Danz ord. Proc. §. 350. nr. 4. Martin Lehrb. des Civ. Proc. §. 218. a. E. Genßler in dieſem Archiv Bd. 1. S. 89. Puchta in der Zeitſchrift §. IX. S. 62. Bayer a. a. O. S. 364. Seeger a. a. O. S. 79.

37) Claproth a. a. O. Danz §. 350. nc. 12. Mittermaier a. a. O. S. 125. not. 19. Grolmann Theorie des ger. Verf. §. 80 b. a. E. Seeger a. a. O. §. 10. 11. In dieſer Beziehung hat nun auch v. Gönner Handb. II. S. 434. §. 3 und v. Glück Commentar Bd. 17. S. 62. Recht.

§. 11.

Eigene Fachkenntinsse kann der Richter nicht geltend machen, und die von Amtswegen beigezogenen Experten sind seine Gehülfen.

Wenn sich auch der Richter im Besitz der, zur Erörterung jener Vorfragen erforderlichen, in das Gebiet einer Kunst, Wissenschaft oder besonderen Sachkunde eingreifenden, Kenntnisse sich befinden sollte, so wäre dennoch seine eigene Einsicht kein hinreichender Erkenntnißgrund; denn der Besitz dieser besonderen [38]) Kenntnisse kann bei dem Richter, der sein Anschauungsvermögen für die fragliche Branche des Wissens fast nie gehörig ausgebildet hat, rechtlich weder vermuthet, noch, wenn er sich erstere auch zu eigen gemacht haben sollte, für ausreichend erachtet werden, indem er sich damit gar noch nicht legitimirt hat, und eine Anerkennung derselben von Seiten des Staates nicht erfolgt ist [39]). Dieserhalb, und um

---

38) Wo gewöhnliche menschliche Kenntniß und Beurtheilung hinreicht, würde es, wegen unnöthiger Kostenhäufung, nicht zu billigen sein, die Beiziehung von Fachkundigen zu verfügen. Vgl. Campigius a. a. O. S. 715. 6. Aus gleichem Grunde räumt man dem Gericht die Befugniß ein, Schriftenvergleichungen selbst zu bewirken. Carpzov. Processus iuris. Jenae 1667. S. 528. nr. 76. Seeger a. a. O. §. 58. Dagegen Brunnemann Tract. jurid. de processu. S. 179. nr. 20. weil der Richter dadurch gewissermaaßen zum Zeugen werde.

39) Die bewährtesten Rechtslehrer stimmen mit den eben entwickelten Grundsätzen überein. Vergl. A. G. Kleinschrod, über den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige, im Archiv des Crim. R. Bd. 5. St. 3. S. 1. Gönner Handbuch II. S. 435. Pratobevera a. a. O. S. 273. Mittermaier a. a. O. S. 125. v. Grolmann Grundsätze der Crim. Rechtswissenschaft, Giessen 1825. §. 466. Dessen Theorie des ger. Verf. §. 84. Hefftter Lehrb. des Crim. Rechts. Halle 1833. §. 611. Recht treffend sagt Weiske a. a. O. §. 400. Competent ist nur der befähigte Sachkenner, der in seiner Kunst Doctor, Meister

in dieſer Beziehung keine illegale Handlung vorzunehmen, muß ſich der Richter zur Abhülfe[40]) der Kunſt- und Sach-Verſtändigen bedienen, durch deren nothwendige Erörterung der Vorfragen die endliche richterliche Entſcheidung bedingt iſt. Daß die Experten in dieſem Fall einzig und allein Gehülfen[41]) des Richters ſind, läßt ſich mit Grund nicht bezweifeln. Der ausſchließliche Zweck ihrer Thätigkeit beſteht im Ergänzen der, dem Richter bei der Urtheilsfällung zur Erkenntniß etwaiger Vorfragen nöthigen, aber außer dem Kreis

---

iſt, und die legitimirten Prüfungen beſtanden hat. Abweichend und zugleich im Widerſpruch mit ſich ſelbſt iſt Seeger a. a. O. Im §. 53 behauptet derſelbe: Falls es ſich nicht von Kenntniſſen eines Faches handle, für welches die Zuziehung von Sachverſtändigen ausdrücklich geſetzlich vorgeſchrieben ſei, welchem Fall derjenige gleichſtehe, wenn Sachverſtändige für gewiſſe Fächer im Voraus beſtellt ſeien, ſo ſcheine kein Hinderniß vorzuliegen, daß der Richter eigne Fachkenntniſſe anwende. Gleich darauf geſteht er jedoch zu, daß, wenn eine Sache von großer Wichtigkeit, und die Anwendung der Fachkenntniſſe mit Schwierigkeiten verknüpft ſei, ſo werde ein vorſichtiger Richter die Berufung von Sachverſtändigen der alleinigen eigenen Beurtheilung vorziehen. Widerſprechend iſt Seeger, indem er §. 1 geradezu behauptet: der Richter beſitze die beſonderen Fachkenntniſſe nicht, und dagegen §. 53. bemerkt: daß er ſie nicht beſitze, darüber hätten die Geſetze im Allgemeinen eine Vermuthung nicht ausgeſprochen. — Selbſt die richterliche Berufung auf ein wiſſenſchaftliches, ſogar claſſiſches Werk würde nicht genügen, ſondern lediglich der Mann vom Fach muß die Theſis, mit Ausnahme des not. 39. Erwähnten, ausſprechen. Vergl. Weiske a. a. O. §. 402.

40) Der Richter befindet ſich hier ungefähr in demſelben Falle als da, wo unvollkommener Beweis in den Acten vorliegt, und derſelbe ſich eines juramenti necessarii bedienen muß.

41) Siehe oben Note 30. Reinhard a. a. O. § 184. Anm. 2 will nur die vom Staat für alle Fälle ernannten Sachkundigen als Gehilfen betrachtet, in deren Ermangelung aber das Beweisverfahren eingeleitet wiſſen.

seines Wissens liegenden, Kenntnisse, und hierdurch erst wird demselben die Befähigung zur Abfassung des Bescheides zu Theil. Sie sind mithin Gehülfen im eigentlichsten Sinne des Wortes. In dieser Eigenschaft können sie jedoch eine zweifache Bedeutung erhalten, die wir bei der Beweisführung durch Kunst- und Sach-Verständige aber ebenfalls anwendbar finden.

Sie erscheinen nämlich entweder a) als wahrnehmende und darstellende Gehülfen in allen Fällen wo eine, durch Fachkenntnisse bedingte, Wahrnehmung, zum Zweck der Herausseţung factischer Verhältnisse, zur Sprache kömmt [42]), und wobei richterliche Mitwirkung nicht ausgeschlossen ist [43]), oder b) als beurtheilende Subjecte da, wo ihnen, sei es nach vorgängigem Augenschein [44]) oder auch ohne denselben [45]), technische Fragen zur Begutachtung vorgelegt werden, welche sie den Grundsätzen der einschlägigen Kunst, Wissenschaft oder Sachkunde unterzuordnen, und daraus die, für die richterliche Beurtheilung dienlichen Schlüsse zu ziehen haben; ein Geschäft, welches sie ohne eine unmittelbare Thätigkeitsäußerung des Richters besorgen [46]). In der einen wie in der anderen Hinsicht sind sie aber entweder **experti qualitatis** oder **experti quantitatis.**

§. 12.

Die im Civilproceß auftretenden Kunst- und Sach-Verständigen sind nie wirkliche Zeugen.

Weil nun die Kunst- und Sach-Verständigen da, wo ihr da, wo ihr Geschäft lediglich im Beurtheilen besteht, gewis-

42) Vergl. den Fall bei Gönner a. a. O. S. 410. §. 2.

43) D. X. 1. (Fin. reg.) fr. 8. Hier. de Monte Tract. de finib. regund. Cap. XXX. nr. 2. Claproth a. a O. §. 304. Gönner a. a. O. S. 441. Bayer Vorträge S. 360. Puchta in der Zeitschrift S. 59. A.

44) Martin Lehrb. des Civ. Proc. §. 218. not. a.

45) Bayer a. a. O. S. 360.

46) Gönner am letztgenannten Orte. Puchta a. a. O. S. 59. B.

wiſſermaaßen am Richteramte Antheil nehmen, indem ſie, um die Feſtſtellung des Rechts unter den Parteien ſich nicht bekümmernd, lediglich ein Factum als Reſultat geben, z. B. ob ein Ring von gutem Gold, ein Stein von der verheiſſenen Qualität ſei, welches der Richter nunmehr erſt dem Geſetz unterordnet, um das eigentlich Rechtliche im Rechtsſtreit zu beſtimmen, nennt man dieſelben auch, und nicht ganz mit Unrecht, judices facti [47]). Dagegen wollen wieder einige Rechtsgelehrte die Kunſt- und Sachverſtändigen der erſten Art, als ſachverſtändige, gelehrte Zeugen [48]), oder doch wenigſtens als Zeugen im weiteren Sinne des Wortes [49]) betrachtet wiſſen. Bemüht man ſich aber auch noch ſo ſehr, durch tieferes Eindringen in die Natur und den Zweck des Zeugen und Experten, Rechtfertigungsgründe für dieſe Behauptungen zu finden, man wird immer nur, und nicht ein Mehreres mit Sicherheit ſagen können, als daß die unter Lit. a. aufgeführten Kunſt- und Sachverſtändigen [50]) und die Zeugen immer nur in dem Verhältniß einer entfernten Aehnlichkeit zu einander ſtehen. Der Zeuge im proceſſualiſchen Sinne, und von dieſem iſt natürlich hier allein die Rede, gründet ſeine Wiſſenſchaft einzig und allein auf ſinnliche Wahrnehmung und ſoll nie urtheilen; dagegen beſteht gerade in der Reflexion, in der Beurtheilung factiſcher Ver-

---

Mit dieſer Darſtellung iſt auch Seeger a. a. O. §. 25 u. 26. einverſtanden.

47) v. Grolmann Theorie §. 84. Puchta in der Zeitſchr. S. 57. Bayer Vorträge S. 359. 360.

48) Grolmann a. a. O. S. 121. Seeger a. a. O. §. 16. not. 24.

49) Puchta a. a. O. S. 58 flg.

50) Danz a. a. O. S. 518. Die blos beurtheilenden wird wohl Niemand mehr für Zeugen halten, da dieſe lediglich ſinnliche Wahrnehmungen über vergangene Verhältniſſe bekunden. Saliceto ad Cod. v. 9 (de sec. nupt. const. 6. fol. 13 b. nr. 10 unterſchied in dieſer Beziehung ſchon ſehr richtig.

hältniſſe nach den Regeln einer Kunſt, Wiſſenſchaft oder Sachkunde der Hauptzweck der Kunſt- und Sach-Verſtändigen [51]). Der Verſtand der Letzteren befindet ſich, mögen ſie nun als wahrnehmende und darſtellende, oder als beurtheilende Experten erſcheinen, dadurch, daß ſie die gegebenen Verhältniſſe — gleichgültig ob vorübergegangene oder in der Gegenwart exiſtirende — mit den Regeln ihrer Kunſt, Wiſſenſchaft oder Sachkunde zuſammenſtellen, um das gewünſchte Reſultat zu erzielen, in dem ſteten Zuſtande der Vergleichung, der Erſtere aber bietet nur Rückerinnerungen an vergangene ſinnliche Wahrnehmungen ohne Vergleichung [52]). Mit dieſer Art der Zeugen haben die obenerwähnten „gelehrten Zeugen" oder „Zeugen im weiteren Sinne des Wortes" nichts gemein. Verſteht man freilich unter Zeugen Jeden ohne Ausnahme, der eine Thatſache nur mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat, dann dürfte ſich die behauptete Gleichſtellung vielleicht eher rechtfertigen laſſen; allein was wird durch eine ſo unnöthige Vermehrung der ohnedies ſo wandelbaren Terminologie gewonnen [53])?

---

51) Daß eine Perſon zugleich in der Eigenſchaft eines Zeugen und Experten auftreten kann, iſt leicht möglich; ſ. Bayer a. a. O. S. 360. Dann muß aber auch die Abnahme des Zeugeneides erfolgen Linde Lehrb. §. 297. not. 4.

52) Wenn Seeger a. a. O. §. 28. a. E. behauptet, der Umſtand, daß zur Wahrnehmung der als Beweismittel gebrauchten Experten beſondere Kenntniſſe gehören, könne an ihrer Zeugen-Eigenſchaft nichts ändern, ſo iſt er ſicher im Irrthum. Gerade hierin liegt ja das Criterium für beide Rechtsinſtitute.

53) Ueber unwichtigere, und hier unnöthige Verſchiedenheiten der Fachkundigen und Zeugen vergl. Claproth a. a. O, §. 303. Danz a. a. O §. 350. Gönner im Hdbuch. S. 443. §. 10. Puchta in der Zeitſchrift §. VIII. S. 60 flgde. Seeger a. a. O. §. 18.

§. 13.

Ueber die Wahl der zur Information des Richters beizuziehenden Fachkundigen.

Wenn der Verfasser §. 8. die Behauptung fallen ließ, daß die, in gegenwärtiger Lehre sich zeigende, Unsicherheit ihren hauptsächlichen Grund in der Beimischung anderer, ihr verwandten Rechtsmaterien habe, so gilt dies vorzüglich von der Wahl der Kunst- und Sach-Verständigen. Kaum giebt es noch einen Theil dieser Lehre, wo so zahlreiche Meinungsdifferenzen zu finden sind; strenge Sonderung in der angegebenen Art läßt aber auch hier einen sicheren Boden gewinnen. —

Wir sahen oben, daß der Gebrauch der kunst- und sachverständigen Gehilfen da seinen Anfang nimmt, wo die Thätigkeit der Parteien, nach Ermittelung sämmtlicher, zur Ueberzeugung des Richters dienenden, Thatsachen seine Endschaft erreicht hat. Es ist dann gewissermaaßen zum zweiten Act der Proceßverhandlungen gekommen. Die Litigirenden haben ihre Rollen ausgespielt, und es tritt der Zeitpunkt ein, wo nun der Richter das dargebrachte Entscheidungsmaterial verarbeiten und das, den Streitenden zu wissen nöthige, Resultat erzeugen soll. Zu diesem Zweck ernennt [54]) er [55]) nunmehr seine Gehilfen, und nichts ist der Natur der Sache angemessener. Ihm diese Befugniß rauben, und sie den Parteien ganz oder theilweise einräumen wollen, hieße in den

---

54) An die Stelle der Ernennung tritt natürlich dann die bloße Zuziehung, wenn für den Fragfall passende, vom Staate als solche anerkannte Experten wie Physici, Thierärzte, Architecten u. dgl. vorhanden sind.

55) So oft die Gesetze von dem richterlichen Gebrauch der Fachkundigen sprechen, lassen sie dieselben auch vom Richter wählen. Vergl. D. X. 1. Fin. reg. fr. 8. D. XI. 6 (Si mensor fals. mod. dixerit) fr. 3. §. 4. Als Autoritäten: Mittermaier a. a. O. S. 129. Bayer a. a. O. S. 365. Seeger a. a. O. §. 55.

Kreis seiner Berechtigungen gewaltsam eingreifen, und man könnte dies, um ein grelles Beispiel zu geben, nicht ganz unpassend mit dem Fall vergleichen, wo ein Dritter dem Kranken seinen Arzt ernennen wollte. Schon v. Gönner [56]) fühlte die Richtigkeit obiger Annahme, kam aber, durch Verwechslung der beiden mehrerwähnten Hauptfälle, zu der irrigen Ansicht, daß die Kunst- und Sach-Verständigen vom Richter und den Parteien immer in gleicher Anzahl ernannt werden müßten, und fiel von Neuem diesem Irrthum anheim, wenn er Mittermaier den ungegründeten Vorwurf machte [57]), daß die Willkühr des Richters keine Gränze, und die Rechtssicherheit der Parteien keine Gewährschaft finde, wenn man dem Richter die behauptete Berechtigung zugestehe. Es läßt sich übrigens aber auch für deren Entziehung kein rechtlicher Grund finden. Von zu befürchtender Parteilichkeit, worauf auch v. Gönner [58]) hindeutet, kann aber schon deshalb nicht die Rede sein, weil einmal das Gegentheil bei ihm stets zu präsumiren ist, und dem, eine solche Unfertigkeit etwa dennoch besorgenden Theile, das Recht auf seine Verwerfung anzutragen, aushilflich ja zu Gebote steht [59]).

---

56) S. dessen Handb. II. S. 439. §. 6.

57) Gönner zu der von ihm besorgten Ausgabe des Danziger Processes. S. 519. Note a.

58) S. dessen Handb. am vorletzt. gen. Orte.

59) Die Ansicht bei Campegius l. c. S. 715. 7. daß der Richter wegen der Wahl unbrauchbarer Experten mit der actio syndicatus belangt werden könne, läßt sich schon deshalb nicht rechtfertigen, weil ja die Parteien das Recht haben, solche Subjecte, und überhaupt alle ihnen verdächtigen, zu verwerfen. Stillschweigen ist hier Genehmigung. Uebrigens wird sich der Fall der Zuziehung ganz unfähiger Fachkundigen in unseren Tagen fast nie mehr ereignen, und offenbare Fehler derselben können ja durch eine Wiederholung des Verfahrens beseitigt werden.

§. 14.

Die Zahl derſelben und ihre Eigenſchaften.

Hängt die Wahl der, zur Information des Richters beizuziehenden, Fachkundigen lediglich von dieſem ab, ſo muß conſequenter Weiſe auch die Beſtimmung der erforderlichen Anzahl derſelben, ſeinem Gutdünken überlaſſen ſein [60]).

Die Quellen des gemeinen Rechts enthalten deshalb keine ſicheren und durchgreifenden Regeln, doch ſcheint aus der darin herrſchenden Verſchiedenheit in der Anzahl der in Anwendung gebrachten Experten, mit Gewißheit hervorzugehen, daß dem richterlichen Ermeſſen in dieſer Beziehung, keine Feſſeln angelegt waren [61]). Jetzt iſt man darüber einig, daß bisweilen, und vorzüglich dann die Beiziehung eines einzigen Kunſt- und Sach-Verſtändigen als ausreichend erſcheint, wenn derſelbe vom Staate als ſolcher angeſtellt iſt [62]), wenn es ſich um eine geringfügige Sache, und ſolche Gegenſtände handelt, wobei, wegen der Gewißheit der darüber in Anwendung zu bringenden Regeln, ein Irrthum ſo leicht nicht zu befürchten iſt [63]), ferner, wenn der zu rufende Expert in ſeinem Fach

---

60) Rulant de comiss. P. I. L. IV. c. 8. (De numero artificium).

61) Aus gleichem Grund verlangt Scheinemann a. a. O. §. 17. daß auch jetzt noch das Nöthige wegen der Zahl der Fachkundigen dem Richter überlaſſen werden müſſe.

62) Beiſpielsweiſe erwähnt Bartolus, Commentar. in tres Cod. libr. ad L. X. 71 (De ponderatoribus et auri illat.) fol. 44a. nr. 1—4. l. c. daß zu Florenz ein Beamter über das Gerichtweſen, zu Perugia ein Pferdeſchätzer ſich befunden, und beide öffentlichen Glauben genoſſen hätten. Auch würden ja in einigen Staaten von Jahr zu Jahr, zur Beurtheilung vorgefallener Verwundungen Aerzte angenommen, deren Ausſprüchen ebenfalls volle Beweiskraft beigelegt worden ſei. Vergl. auch Gail Observ. pract. L. II. Obs. CXI. nr. 6. Pacian de probat. L. I c. 47. nr. 89. Danz ord. Proc. §. 350. nr. 3. Grolmann Theorie §. 84. a. E. Bayer Vorträge S. 360.

63) Panormitan. ad X. II. 19. (De probat.) cap. 4. fol. 7b.

ein anerkannt ausgezeichneter Mann iſt [64]), wenn man nur einen ausfindig machen kann [65]), und endlich bei compromiſſariſchen Einigungen der Parteien [66]), was jedoch nur beim wirklichen Beweis durch Kunſt- und Sach-Verſtändige Statt findet. In wichtigeren Fällen erfordert man gewöhnlich die Zuziehung zweier [67]) Experten, und iſt der Fall in der Beurtheilung außergewöhnlich ſchwierig, ſo iſt es gerathen, die Zahl derſelben ſogar zu verdoppeln [68]), weil in der Uebereinſtimmung Mehrerer für Richter und Parteien eine größere

---

nr. 6. l. c. Bursati consil. L. II. cons. CLII. nr. 47. Claproth Proc. II. §. 304. Joh. Fr. Reitemeier die Wahrheit vor Gericht. Frankf. a. d. O. 1802. S. 70. Danz ord. Proc. §. 351. not. b.

64) Angelus de Ubaldis in Lectura sup. Cod. ad L. v. 9, (De secund. nupt.) cst. 6. fol. 114a. l. c. Seeger §. 61.

65) Bartolus in prim. part Dig. vet. ad Tit. De justitia et jure fol. 3b. nr. 9. l. c. hat man mehrere Experten an der Hand dann mehr als einen, gewöhnlich aber (nach Analogie des Zeugenbeweiſes) zwei; Bartolus in Comment. super Authent. ad Nov. VII. cap. 3. §. 2. fol. 13b. l. c. Derſelbe aber auch in Lect. super I. part. Infort. ad L. XXV. 4 (De ventre inspc.) fr. 1. pr. fol. 43b. l. c. Panormitan. l. c. nr. 4. Campegius l. c. nr. 2. Gail l. c. nr. 5. Hefftter Crim. Recht §. 611. In der Lectura super II parte Infort. ad L. XXXVII. 4 (De bonor. poss.) fr. 10. fol. 164. nr. 1. 2. giebt Bartolus an: in civitatibus et locis insignibus, ut si est castrum nobile, ſtreite die Vermuthung für die copia peritorum, und der locus insignis wird durch die Worte erklärt: ubicunque est communantia vel castrum quod habeat, forum judiciorum et habeat merum et mixtum imperium.

66) Bartolus in tres Cod. libr. Comment. l. c. nr. 2. Bursatus l. c. Seeger a. a. O.

67) Seyfart teutſcher Reichsproceß S. 337. v. Globig Theorie der Wahrſcheinlichkeit. Th II. S. 206.

68) Panormitan. l. c. nr. 5. 7. Schneider vom Beweis. §. 184. den Richter kann man übrigens nicht zwingen, die nöthigen Fachkundigen aus dem Auslande herbeizurufen. Angelus de Ubaldis l. c.

Beruhigung liegt. Daß der Richter natürlich immer nur ſolche Subjecte beiziehen darf, denen die erforderliche Kenntniß, Geſchicklichkeit und Erfahrung anwohnt, bedarf wohl keines weiteren Beweiſes [69]). Bei den vom Staate angeſtellten und verpflichteten Leuten, wird die erforderliche Geſchicklichkeit, Kunſt und Sachkenntniß präſumirt [70]), bei anderen, dazu nicht gehörigen Perſonen aber, müſſen die individuellen Umſtände über ihre Tauglichkeit oder Unbrauchbarkeit entſcheiden [71]).

§. 15.

Muß der Kunſt- und Sach-Verſtändige dem Ruf des Richters Folge leiſten?

Sowie es zur allgemeinen Bürgerpflicht gehört, ſich bei Gericht als Zeuge vereidigen und abhören zu laſſen, und von

---

69) D. XXV. 4. (De insp. ventre) „tres obstetrices, probatae et artis et fidei eam inspiciant“.

70) Kleinſchrod a. a. O. Bd. 5. St. III. S. 16. Schneider vom Beweis §. 178. Linde Lehrb. §. 296. not. 4.

71) Seeger a. a. O. § 59. a. E. Nach Rulant de commiss. P. I. L. IV. c. 6. nr. 6 ſoll bei dem, der 10 Jahre lang die betreffende Kunſt nicht ausgeübt habe, die hinreichende Kenntniß nicht mehr zu vermuthen ſein; eine Anſicht, die wohl zuerſt von Bartolus im Tract. de testibus l. c. fol. 52. aufgeſtellt, und dann auch von Struv in der angegebenen Dissert. §. 11. wiederholt worden iſt. Auch will Rulant l. c. nr. 8. die älteren Experten den jüngeren, propter experientiam quae major praesumitur in sene, vorgezogen wiſſen; allein in ſolcher Allgemeinheit ſind beide Behauptungen gewiß irrig. Wer in ſeiner Kunſt oder Profeſſion die Meiſterſchaft, in ſeiner Wiſſenſchaft den Grad eines Doctor erreicht hat, braucht ſich nicht weiter zu legitimiren, denn doctor praesumitur peritus; Pacian. de probat. L. I. c. 47. nr. 144. Martin Lehrbuch §. 218. not. c. Weiske a. a. O. §. 400 und die dort Citirten. Die Fachkundigen müſſen aber auch (fideles) zuverläſſige, und (honestae) ſolche Perſonen ſein, deren Name im Publicum mit Achtung genannt wird. Pacian. l. c nr. 152. Rulant l. c. nr. 11. Das Gegentheil

dieser Verbindlichkeit selbst das eidliche Versprechen, nicht Zeugniß leisten zu wollen, nicht befreit, so muß es wohl auch eine allgemeine Verbindlichkeit geben, sich im Civilproceß als Kunst- und Sach-Verständigen vereidigen und gebrauchen zu lassen, weil man außerdem streng durchgeführt, in die Verlegenheit kommen würde, gar keine Kunst- und Sach-Verständigen zu erlangen, und die Rechtsverfolgung dadurch nicht nur vielfach erschwert, sondern bisweilen sogar ganz vereitelt werden könnte. Bei öffentlich angestellten Kunst- und Sach-Verständigen, liegt die behauptete Verpflichtung schon in ihrer Stellung selbst, und hier kann kein Zweifel vorliegen, daß dieselben durch die geeigneten Mittel, als successiv zu steigernde Geld-, bei äusserst hartnäckiger, grundloser Weigerung durch Gefängnißstrafe, Suspension auf gewisse Zeit, und am Ende wohl auch Dimission zur Thätigkeit gezwungen werden können. Ob auch andere, als Fachkundige gewählte Personen? ist zwar bestritten [72]), doch läßt sich Zwang aus vorermeldeten Grunde gewiß um so eher rechtfertigen, als es an der Beistimmung bewährter Rechtsgelehrten durchaus nicht mangelt [73]). Wenn

---

soll stattfinden dürfen, wenn es sich de re turpi handle. Pacian l. c. nr. 155.

72) Durantis l. c. S. 764 nr. 9. u. Gönner a. a. O, S. 344. nr. 5. verneinen diese Frage geradezu. Claproth a. a. O. §. 303. nr. 11. sagt eigentlich gar nichts. Vergl. auch Hefftcr Crim. Recht §. 611.

73) Die behauptete Zwangsverbindlichkeit hat Martin in den Jahrb. der Gesetzgeb, und Rechtspflege in Sachsen. Jahrg. I. Heft 2 S. 179. flg. sehr gut nachgewiesen. Vergl. aber auch Pacian de prob L. I. cap. 47. nr. 56. i. f. Rulant de commiss. P. I. L. IV. c. X. nr. 12. 13. Schneider v. Beweis §. 186. 578. Seeger a. a. O. §. 63. ist in der Hauptsache mit der angenommenen Verpflichtung vollkommen einverstanden. Im Anfange des §. 63. sagt derselbe im theilweisen Widerspruch mit sich selbst: Wenn die Sach-Verständigen als Zeugen anzusehen wären, würde sich die Frage leicht entscheiden lassen, da bekanntlich ein Zwang zur Ablegung von Zeugniß stattfinde. Anders aber ver-

ſich nun auch nicht läugnen läßt, daß Zwang eigentlich in keinem Falle zweckmäßig erſcheint, ſo wird anderen Theils der Richter gewiß nur in ſehr ſeltenen Fällen im Zuſtande jener Nothwendigkeit ſich befinden, weil die in Anſpruch genommene Thätigkeit der Kunſt- und Sach-Verſtändigen immer belohnt wird. Sowie nämlich die Zeugen im Civilproceß für etwaige Koſten und Verſäumniß geſetzlich Entſchädigung verlangen können, ſo hat auch der Expert unbezweifelt den gerechteſten Anſpruch, wegen ſeiner Mühwaltung, die oft ſehr anſtrengend und zeitraubend iſt, eine angemeſſene Vergeltung zu fordern [74]).

Wenn übrigens Schneider [75]) behauptet, der Umſtand, daß ein beigezogener Expert zur zuverläſſigen Beurtheilung des in Frage befangenen Gegenſtandes ſich ſelbſt für nicht genug befähigt erachte, verdiene inſofern, als dieſe Angabe

---

halte es ſich, da die Sachverſtändigen im eigentlichen Sinne (?) als Gehilfen des Richters anzuſehen ſeien. Dann fährt er fort: Angeſtellte Sachverſtändige könnten ihr Urtheil nur in den Fällen verweigern, wo auch andere Angeſtellte der Erfüllung ihrer Amtspflichten zu entheben ſeien; alle übrigen Staats- oder Gemeinde-Beamte könnten durch ihre Behörde zur Folgeleiſtung angehalten werden, wenn der Fall der Art ſei, daß dazu gerade die Kenntniſſe oder Erfahrungen ihres Amtes erfordert würden. Sonſt gebe es keine individuelle Zwangsverbindlichkeit der Staatsbürger in der behaupteten Weiſe. Demungeachtet giebt Seeger ſpäter zu: daß die Sachverſtändigen zur Thätigkeit gezwungen werden könnten, wenn andere Sachverſtändige nicht zu finden, alſo der Rechtsſchutz des Staates für den Einzelnen in dieſer Sache nicht möglich wäre.

74) Durantis l. c. fol. 763. nr. 2., welcher aber die eben nicht ſehr ſchmeichelhafte Bemerkung beifügt: plerunque tamen periti recipiunt (praemium) pro injusto (consilio). Bursati cons. L. II. cons. CLXXXIV. nr. 10. Claproth ordentl. Proc. §. 303. nr. 10. Stübel Thatbeſtand der Verbr. S. 433.

75) a. a. O. §. 186. a. E. Daß übrigens auch der Fachkundige triftige Gründe haben könne, den erhaltenen Ruf abzulehnen, läßt ſich mit Grund nicht bezweifeln; vergleiche Seeger a. a. O. §. 63. a. E.

nicht etwa offenbar erdichtet erſcheine, allerdings Berückſichtigung, ſo kann dieß doch gewiß nur auf diejenigen Subjecte bezogen werden, die die legitimirenden Prüfungen eben gar nicht beſtanden haben.

§. 16.

Ueber die Beeidigung der Kunſt- und Sach-Verſtändigen.

Ein ferneres allgemeines Erforderniß bei Zuziehung der Kunſt- und Sach-Verſtändigen, iſt deren Beeidigung. Dieſelbe iſt ebenſo weſentlich wie bei Zeugen [76]), und Ausnah-

---

76) Darüber war man von jeher mit wenig Ausnahmen einig. Vgl. C. IV. 21. (De fide instr.) cst. 20. C. v. 9. (De sec. nupt.) cst. 6. §. 1. Nov. VII. cap. 3. §. 2. Nov. LXIV. cap. 1. Cammerger. Ord. vom Jahr 1555. I. §. LXXXV. Durantis l. c. fol. 764. nr. 8. meint: er ſehe nicht ein, warum periti in arte nicht ſchwören ſollten, da doch der Zeuge, Richter und Advocaten auch ſchwören müßten; bei auswärtigen Experten, ſolchen die ihrem Stand nach nur Privaten wären, und beſonders bei Sachen von Wichtigkeit, laſſen ſich die Eidesabnahme nicht umgehen. Bartolus Comment. super Auth. ad Nov. VII. c. 3. §. 2. fol. 13b. l. c. Angeli Ubald. Comment. super Dig. et Cod. ad C. IV. 21. (De fid. instr.) cst. 20. fol. 85. Lex XIX. nr. 3. 4. Panormitan. l. c. nr. 11. i. f. fol. 8b. Jo. Crotus l. c. fol. 655. nr. 227. Pacian. de prob. L. I. c. 47. nr. 22. Rulant. de comiss. P. I. L. IV. c. 10. nr. 10. 11. Carpzov P. I. const. 22. def. 12. Mevius P. VI. dec. 160. Stephani Comment. in Novellas. Lips. 1700. ad Nov. 64. fol. 360. Gönner Hdbuch. a. a. O. S. 442. Bayer a. a. O. S. 362. 5. Seeger a. a O. §. 62. i. A. Ausnahmen bei Durantis a. a. O., welcher behauptet: bei einem ſehr unbedeutenden Gegenſtande werde nicht geſchworen; komme es jedoch auf mehr als 10 Solidi an, dann ſei der Schwur zwar zuläſſig, doch müſſe immer noch auf die Perſönlichkeit des Schwörenden Rückſicht genommen werden. Crotus l. c. giebt an: die communis opinio verlange die Vereidigung zwar unbedingt, allein er halte dafür, daß die Experten nur dann vereidigt würden, wenn ſie secundam suam credulitatem deponir-

men hiervon können nur insofern hier eintreten, als entweder die Parteien hierauf ausdrücklich Verzicht leisten, oder von solchen Experten die Rede ist, welche öffentlich angestellt, und bei dieser Gelegenheit ein für allemal vereidet worden sind [77]). In diesem Falle werden sie gewöhnlich nur, unter Abnahme des Handschlags, auf den bereits geleisteten Eid verwiesen [78]), obschon die Unterlassung dieses Verfahrens Nichtigkeit der Handlung nicht zur Folge haben würde.

Nach Analogie des Zeugeneides müßte freilich auch hier nochmalige Vereidigung eintreten, und es läßt sich in der That nicht läugnen, daß diese Verfahrungsart wenigstens insofern sicherer ist, als sich auch unter den angestellten Fachkundigen hin und wieder unzuverlässige Leute befinden, bei denen eine solche sehr angewendet sein kann. Bedenkt man jedoch, daß diese Kunst- und Sach-Verständigen eben schon im Allgemeinen für alle Fälle in Pflicht genommen worden sind, daß ferner aber auch Eide nach Möglichkeit vermieden werden sollen; so dürfte eine Wiederholung des Eides schon deshalb nicht zu empfehlen sein, als die entgegengesetzte Ansicht der Beistimmung anerkannt tüchtiger Juristen (Anm. 78.) sich zu erfreuen hat [79]).

---

ten, wogegen man ihnen ohne Eid glauben müsse, wenn sie secundum veritatem deponirten. Noch einige Ausnahmen bei Seeger a. a. O. Anm. 45.

77) Durantis l. c. Mynsinger cent. VI. obs. 34. nr. 14. führt noch mehrere Ausnahmsfälle an. Pacian. l. c. L. I. c. 47. nr. 22. 24. Seyfart a. a. O. S. 337. Gönner a. a. O. Schneider vom Beweis §. 567. Martin Lehrbuch §. 218. not. f. Bayer Vortr. S. 362. Linde Lehrb. §. 297. not. 4. Seeger a. a. O. S. 72. Weiske a. a. O. §. 401.

78) Beier process. cap. XXVIII. §. IV. Seyfart a. a. O. mit dem Bemerken: es müßte denn sein, daß der Sache Wichtigkeit eine nochmalige Eidesleistung erfordere.

79) Die Verpflichtung der öffentlich angestellten Kunst- und Sach-Verständigen, leidet übrigens immer nur in dem Lande, wo sie ihren Wirkungskreis haben, die gezeigte Ausdehnung; denn wird

Gleichgültig iſt es übrigens nicht, wie einige ältere Rechtsgelehrte [80]) meinen, ob die Kunſt- und Sach-Verſtändigen vor oder nach Beendigung des Geſchäfts vereidigt werden; denn die Abnahme des Eides mit ſeiner, hie und da freilich ſehr verſchwundenen, Feierlichkeit wird insbeſondere bei leichtſinnigen, und zur Gewiſſenloſigkeit ſchon geneigten Characteren, vorzüglich bei eindringlicher Vorleſung der Verwarnungsformel, eine ungleich beſſere und zuverläſſigere Wirkung hervorbringen, wenn ſie vor als nach dem Geſchäfte bewerkſtelligt wird [81]). Was den von den Kunſt- und Sach-Verſtändigen abzulegenden Eid ſelbſt belangt, ſo muß derſelbe jedenfalls auf Genauigkeit und Sorgfalt bei Unterſuchung der Sache, nächſtdem aber auch auf Unpartheilichkeit gerichtet ſein [82]). Darüber hat man ſich aber ſchon ſehr früh geſtritten, ob dieſer Eid für ein jusjurandum de veritate oder credulitate zu

---

ein im Auslande approbirter zugezogen, dann muß er für den Fragefall, wie jeder Andere auch, unbedingt verpflichtet werden. Carrach Urtheile und Gutachten nr. 26. Böhmer zu Carpzov Q. 26. obs. 3. fol. 55. Winkler Handb. des ſächſ. peinl. Proz. Leipzig 1802. §. 117.

80) Berger oecon. jur. L. II. Tit. 6. §. 3. not. 9. Schaumburg Princip. L. I. s. M. III. cap. IV. §. 4.

81) Erſteres iſt ſogar geſetzlich C. IV. 21. (De fid. instr.) cst. 20. „juramento antea praestito“, es finden ſich aber auch tüchtige Autoritäten: Saliceto Comment. in 2 part. C. ad L. v. 9. (De sec. nupt.) cst. 6. §. 1. fol. 113b. nr. 11. l. c. Rulant de commiss. P. I. L. IV. c. 10. nr. 14. Ummii disp. ad proccess. judiciar. Jenae 1616. S. 741. Berlich concl. LIX. nr. 37. Movius P. VI. dec. 160. Erläuterte ſächſ. Proz Ord. ad Tit. 28. §. 2. ad Tit. 39. §. 8. Stübel Thatbeſtand §. 349. Heffter Crim. Recht §. 611. Biener process. §. 154. Weiske a. a. O. §. 401. Von ähnlichen Grundſätzen mag ſchon der Verfaſſer der C. C. C. bei Ausarbeitung des art. 149. ausgegangen ſein.

82) C. IV. 21. (De fide instr.) cst. 20. „Quod neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratia tenti, hujusmodi faciunt comparationem. Rulant. l. c. P. I. L. IV. c. 10. nr. 18.

halten ſei [83]). Reſultate von Wichtigkeit werden zwar bei Entſcheidung dieſer Meinungsdivergenz nicht erzielt, weil aber die Wiſſenſchaft in jedem Falle die beſtmöglichſte Wahrheit und Gründlichkeit verlangt, ſollen der Beurtheilung dieſer Frage dennoch einige Worte gewidmet ſein.

Wir ſahen oben §. 5. daß ſowohl die „erneuerte Ordnung etlicher Punkte den gerichtlichen Proceß des Kaiſerl. Cammergerichts belangend, und zu Speier im Jahr 1538 aufgericht" §. XXII. als auch die Cammergerichts-Ordnung vom Jahre 1555. §. LXXXV. den Eid [84]) vorſchreibt, „ſo ein Arzt, „Balbierer, oder einer anderen Kunſt Erfahrener ſchweret „über das, ſo ihm auß Erfahrung ſeiner Kunſt bewußt iſt", und die Eidesformel [85]), die ſich an beiden Orten im Ganzen gleich bleibt, lautet am erſteren alſo:

„Ihr werdet ſchweren, daß ihr in Sachen darumb ihr „erfordert, ſoviel ihr das auß Erfahrung euer Kunſt er„lernt, und mit euern leiblichen Sinnen erkündet, Nie„mands zu Lieb noch zu Leyd, weder umb Neid, Haß, „Mieth, Gunſt oder Gaab, ſondern allein der Gerech-

---

Böhmer zu Carpzov Q. 26. o-. 3. Reitemaier a. a. O. S. 70.

83) Mynsinger obs. cam. cent. VI. obs. 34. nr. 11. Mascard de prob. vol. III. concl. 1169. nr. 48. 49. Fink de jud. perit. S. 20.

84) Nach Claproth ord. Proc. §. 229. not. a. auch Mahlereid genannt.

85) Bei Claproth a. a. O. §. 229. not. a. iſt auch die, mit der reichsgeſetzlichen, faſt gleichlautende, Eidesformel der Celleſchen O. A. Ger. Ord. und Calenbergiſche Canzleiordnung angeführt: überhaupt iſt erſtere mit wenig Abänderungen in die Particularrechte vieler deutſchen Staaten übergegangen. Vgl. Seeger a. a. O. S. 74. Anm. 51. Wegen Normirung der Eidesformel ſ. auch; Panormitan. l. c, fol. 8 b. nr. 11. i. f. Rulant. l. c. P. I. L. IV. c. 10. nr. 1. Pacian de prob. L. I. cap. 47. nr. 32. Schneider vom Beweis §. 568. Seeger a. a O. §. 62. a. E.

„tigkeit zu Förderung und wie ihr Geſtalt der Sachen „erfindet, die Wahrheit ſagen wollet, und daß ihr glaubt, „daß dem alſo ſei, als euch Gott helff und das heilige „Evangelium".

Es bedarf keines langen Bedenkens, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß der Eid der Kunſt- und Sach-Verſtändigen im Allgemeinen das Gepräge des Glaubenseides [86]) an ſich trägt. Einmal ſchreibt das Geſetz es ausdrücklich vor; denn die Worte: „und wie ihr Geſtalt der Sa„chen erfindet, die Wahrheit ſagen wollt, und daß ihr glaubt, „das dem alſo ſei", bezeichnen doch im Grunde nichts Anderes, als daß der Expert das Ereigniß der, von ihm angeſtellten Unterſuchung, die von ihm gewonnene, ſubjective Ueberzeugung, die aber ebendeshalb von ihm und überhaupt als Wahrheit angeſehen wird, treu und unverfälſcht wiedergeben ſoll [87]); anderen Theils führen aber auch ſchon Vernunftgründe, von denen zweifellos auch der Verfaſſer jener Formel durchdrungen war, zu dieſer Anſicht. Weil der menſch-

86) Dies iſt die communis opinio der meiſten älteren Juriſten, vergl. Gail. obs. pract. L. II. obs. CXI. nr. 13., welcher dies bezeugt. Als Belege für die Behauptung im Texte vergl. aber noch: Pauli de Castro Praelact. in Cod. ad IV. 21. (De fide instr.) cst. 20. fol. 179 b. nr. 11. l. c. Panormitan l. c. fol. 8 b. nr. 11. Campegius l. c. fol. 715. 4. Ummius l. c. Mascard de prob. Vol. III. concl. 1169. nr. 48. S. auch: Vol. II. concl. 653. nr. 5. 6. Pacian l. c. L. I. c. 47. nr. 25. Berlich concl. LIX. nr. 32. und die daſelbſt Cit. Carpzov P. IV. const. 33. def. 5. nr. 8. Brunnemann Tract. de proc. cap. 19. nr. 19. Stübel Thatbeſt. §. 354. Abweichend: Heffter Crim. Recht §. 611. not 2, welcher den Eid nicht allein für einen Glaubenseid hält. Seeger a. a. O. S. 74. behauptend: die Eidesnorm der L. G. O. habe einen ganz allgemeinen Character.

87) Hierin beſteht ja aber eben das Weſen des Glaubenseides. Vgl. Schneider vom Beweis §. 60. Glück Commentar Bd. 12. S. 232.

liche Geiſt mit ſeinem Urtheil nur zu ſehr vom Nebel der Trüglichkeit umfloſſen iſt, und der Ausſpruch des Kunſt- und Sach-Verſtändigen gar oft auch wieder durch äuſſerſt beſtrittene, wiſſenſchaftliche Grundſätze bedingt iſt, noch öfter aber von mehr oder weniger allgemein angenommenen, und häufig ſehr unbeſtimmten Regeln abhängt, zwang ihn das Geſetz nicht, in ſolchen Fällen die, über allen Zweifel erhabene, Wahrheit [88]) zu beſchwören, ſondern es begnügt ſich mit der reinen Darſtellung der ſubjectiven Ueberzeugung; „wie ihr Geſtalt der Sachen erſcheinet". Hiermit ſind Richter und Parteien zufrieden, weil man weiß, daß man der Wahrheit der, nothwendiger Weiſe zu ermittelnden, in das Gebiet einer Kunſt, Wiſſenſchaft oder Sachkunde einſchlagenden, Vorfrage eben nicht näher kommen kann, als durch das Urtheil derer, die darin geübt ſind [89]). Hier nur noch die Bemerkung, daß

88) Daß bei der Anwendung unbeſtrittener Grundſätze auch Wahrheitseide vorkommen können, hat von jeher Niemand geläugnet. Bartolus Lectura in pr. part. dig. vet. ad Tit. de just. et jure fol 3b. nr. 8. not. f. l. c. Angel. Ubald. Lectura super Cod. ad L. V. 9. (Desec. nupt.) cst. b. fol. 114a. l. c. Hier. de Monte l. c. cap. XXXII. nr. 4. Mynsinger cent. VI. obs. 34. nr. 11. Pacian l. c. L. I. c. 47. nr. 18. Rulant l. c. P. I. L. IV. c. 10. nr. 17. 18. Arnold de Reyger Thes. jur. l. c. nr. 2 und die daſ. Cit. Stephani ad Nov. 64. S. 360. Bursatus Consil. L II. cons. CLXXXIV. nr. 3. trennt die aestimatores von den peritis, und behauptet: der Eid der Erſteren ſei ein Glaubenseid, denn es komme mehr auf Thätigkeit der Urtheilskraft, als auf bloße ſinnliche Wahrnehmung an; umgekehrt ſei es bei den Letzteren, bei ihnen, z. B. bei den Aerzten, ſei ein Irrthum blos auf Nachläſſigkeit denkbar, von dieſen verlange man ein juramentum assertivum.

89) Sehr richtig ſagt ſchon Gail l. c. L. II. obs. CXI. nr. 13. 14. 15. Communis Dd. opinio est, credulitatis, non veritatis juramentum exigendum, ne in perjurium incidant; und ſpäter: ob hanc incertitudinem et periculosam experientiam lex non debet dare occasionem perjurii.

eine Verweigerung der eidlichen Beſtärkung ebenſo zu betrachten iſt, als die Verweigerung, überhaupt als Fachkundigen ſich gebrauchen zu laſſen.

§. 17.

Das Verfahren bei Zuziehung der Kunſt- und Sach-Verſtändigen von Amtswegen.

Wenn es in einem Proceß zu dem mehrerwähnten Fall gekommen, daß nach Ermittelung aller factiſchen Umſtände Seitens der Parteien, deren Thätigkeit ihr Ende erreicht hat, und die Urthelsfällung nur noch von der Erörterung der, in das Gebiet einer gewiſſen Kunſt, Wiſſenſchaft oder Sachkunde gehörigen, Frage abhängt, dann ernennt ſich, oder zieht der Richter ſeinen, oder nach Umſtänden ſeine Gehülfen ohne Antrag der Parteien hinzu, indem er ſie, unter kurzer Angabe des Falles, zur Ertheilung der nöthigen Inſtruction, und nach Erforderniß Vereidigung, auf einen beſtimmten Tag vor Gericht ladet oder veranlaßt. Gleichzeitig eröffnet er den Parteien die Nothwendigkeit der Zuziehung von Kunſt- und Sach-Verſtändigen [90]), nebſt genauer Bezeichnung derſelben [91]), und der, deren Begutachtung auszuſtellenden Vorfrage, ladet ſie monitoriſch auf denſelben Tag zu Wahrung ihrer Rechtszuſtändigkeiten, und um die etwaige Vereidigung der Experten mit anzuſehen, vor; und wird dabei nur zweckmäßig handeln, wenn er den Parteien zugleich aufgiebt, ihre etwaigen Einwendungen dagegen längſtens im Termin, bei Verluſt derſelben, mündlich oder ſchriftlich anzubringen [92]). Bringen die

90) Dieſes richterliche Decret ſoll nach Bayer a. a. O. S. 449. zugleich die Aufforderung an beide Parteien enthalten, ſelbſt Sachverſtändige in Vorſchlag zu bringen.

91) Mittermaier a. a. O. S. 131. 133. c. Puchta in der Zeitſchrift a. a. O. S. 62. Bayer Vorträge S. 365.

92) Vergl. auch Seeger a. a. O. S. 78. 66. Das Einreichen von

Parteien bis zum oder im Termine, Einreden wider die Normirung der den Fachkundigen vorzulegenden Vorfragen, oder wider deren Perſönlichkeit vor, ſo werden ſie, bei gänzlicher Grundloſigkeit derſelben, entweder ſofort damit ab- und zur Ruhe verwieſen, oder es wird baldmöglichſt darüber erkannt. Im Betreff der Einwendungen letzterer Art wird man, weil die, von den Kunſt- und Sach-Verſtändigen zu bekundenden, Gegenſtände noch im Kreiſe der Erſcheinung liegen, und daher in den meiſten Fällen die Herbeiſchaffung anderer, gleich tüchtigen Experten mit Schwierigkeit nicht verbunden iſt, keine Ungereimtheit begehen, wenn man behauptet, daß dieſen Gründen zufolge, jeder Verdachtsgrund zur Verwerfung des kunſt- und ſachverſtändigen Gehülfen hinreichend ſei [93]; um ſo mehr, als man wohl nicht gehindert ſein kann bei den Letzteren, wegen ihrer, wenn auch nur entfernten, Aehnlichkeit mit den Richtern, die Grundſätze über deren Verwerfung in Anwendung zu bringen [94]. Man macht in dieſer Hinſicht ſo wenig Schwierigkeiten, daß man ſelbſt nicht einmal auf das Erbieten der Parteien zum juramentum perhorrescentiae Rückſicht nimmt, ſondern, ohne deſſen Ablegung und eidliche Erhärtung der Verdachtsgründe zu verlangen, die Sache dadurch ſchnell beilegt, daß geradezu andere experti, exceptionibus majores zugezogen werden [95]. Dies Verfahren erſcheint auch inſofern recht zweckmäßig, als hierdurch der Verdacht der Parteilichkeit

---

Artikeln und Fragſtücken kann ganz natürlich hier nicht Platz greifen. Mittermaier a. a. O. S. 133. §. 5.

93) Claproth ord. Proc. §. 303. nr. 2. Gönner Hdb. S. 442. Grolmann Theorie §. 84. S. 123. Bayer Vorträge S. 360. 1.

94) Durantis l. c. S. 764. nr. 9. Mittermaier a. a. O. S. 132. §. 4. Seeger a. a. O. §. 60. Paul. de Castro Comment. super Cod. ad L. IV. 21. (de fide instr.) cst. 20. fol. 179 b. nr. 12 l. c. meint, daß die experti wie die anderen Zeugen auch verworfen werden könnten.

95) v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Bd. I. Bem. CIX. §. 391.

Seiten der Litigirenden wider den Richter, wegen Selbstzuziehung seiner Gehülfen sehr zurückgehalten und vermindert wird. Erscheinen nun im angesetzten Termine die Parteien oder die Fachkundigen gar nicht, dann werden im ersten Falle, gleichgültig ob nur ein oder beide Theile fehlen, die Verhandlungen mit Berufung auf **C. III. 39. (Fin. reg.) const. 3.** dennoch fortgesetzt [96]), beim Eintritt des zweiten aber wird in Gemäßheit der §. 15. entwickelten Grundsätze verfahren. Erscheinen beide zusammen, so vereidet der Richter, beim gänzlichen Wegfall von Einreden, oder nach deren Beseitigung in obengezeigter Art, vorausgesetzt, daß Vereidigung nöthig ist, die Fachkundigen nunmehr im Beisein der Parteien, und instruirt sie möglichst genau, indem er ihnen vorschreibt, worauf ihre Thätigkeit sich erstrecken soll [97]). Dieses Recht muß ihm schon deshalb unbezweifelt zustehen, weil auch er Kenner der Gegenstände ist, auf die es in rechtlicher Hinsicht ankömmt, und wissen muß, was ihm die Kunst- und Sach-Verständigen zu sagen und ausfindig zu machen haben. Ist der Fall der Art, daß die Experten vor Abgebung des Gutachtens eine Beobachtung anstellen müssen, dann ist es ebenfalls Sache des Richters, dafür zu sorgen, daß jeder derselben den zu beobachtenden Gegenstand selbst untersucht, und Keiner von den Meinungen des Anderen sich leiten läßt. Zu diesem Besichtigungstermin werden die Parteien aber deßhalb mit zugezogen [98]), weil deren Anwesenheit in mancher Beziehung nützlich sein kann, und nur im Falle bloßer Beurtheilung

96) Vergl. auch v. Gönner Hdb. des Proc. Bd. 2. S. 549. §. 5.

97) Nettelbladt Anleit. zur pract. Rechtsgelehrs. §. 387. Kleinschrod im Archiv des Crim. Rechts Bd. 5. St. 3. S. 25. v. Gönner Hdbuch Bd. 2. Abh. 45. §. 8. S. 441. Diese Instruction kann übrigens sowohl im Beeidigungs- als Besichtigungs-Termin, und dann mündlich oder schriftlich geschehen. Schneider vom Beweis §. 572.

98) Mittermaier a. a. O. S. 133. dann aber auch S. 134. not. 39.

durch Kunſt- und Sach-Verſtändige iſt dies unnöthig [99]. Hier wie dort iſt der Richter, wie ſchon oben erwähnt worden, mittelbar oder unmittelbar leidendes Princip. Dabei iſt noch zu gedenken, was auch ſchon Schneider [100] erwähnt hat, daß die beſondere Natur gewiſſer Fälle, der Grund der Ausſchließung des Richters und der Parteien vom Beſichtigungstermin ſein kann, ohne daß gerade der Gültigkeit des Verfahrens dadurch Eintrag geſchieht. Bei der Beobachtung, und ehe die Fachkundigen ihr Gutachten abgaben, ſteht ihnen übrigens die Berechtigung zu, ſowohl unter ſich Berathungen, als mit den Parteien [101] Beſprechungen zu halten, weil ſie ein, von allen Seiten überlegtes, Urtheil fällen ſollen; und aus gleichem Grunde können ſie ſich hierzu Bedenkzeit erbitten [102]. Iſt auf dieſe Weiſe Alles gehörig vorbereitet, ſo ertheilen nunmehr die Experten, zur Verhütung ſchädlicher Einflüſſe natürlich ohne Zuziehung der Parteien [103], ein [104]

99) Mittermaier am erſtgen. Orte.

100) a. a. O. §. 571. S. 318.

101) Weſtphal Rechtsgutachten des bürgerlichen Rechts II. S. 393. nr. 8. Aber natürlich nicht mit einer Partei allein. Puchta in der Zeitſchrift §. VIII. S. 62. Seeger a. a. O. §. 18. nro. 6.

102) Claproth a. a. O. §. 303. nr. 5. Bayer Vorträge S. 363. 449. Linde Lehrbuch §. 299. Seeger a. a. O. beim Gebrauch der beobachtenden nnd darſtellenden Experten beſtreitet dies, aber meiner Ueberzeugung nach ohne triftige Gründe, Puchta a. a. O. S. 62. Nach Globig Theorie der Wahrſcheinl. II. S. 209. ſoll dem Richter erlaubt ſein, denjenigen Fachkundigen, der dem Urtheil des Anderen aus perſönlicher Rückſicht nicht widerſpreche, und wider ſeine Ueberzeugung beiſtimme, an ſeine Pflicht zu erinnern.

103) Hier. de Monte l. c. cap. XXXII. nr. 5. Pacian. de probat. L. I. cap. 47. nr. 121. Martin Civilproceß §. 221. Bayer Vorträge S. 449. Seeger a. a. O. S. 84. Dagegen Weiske a. a. O. §. 403.

104) Quistorp a. a. O. Bd. I. Bem. XI. S. 71. 72. Mittermaier a. a. O. S. 135. a. E. Dagegen Martin a. a. O. Bayer a. a. O.

auf gegenſeitige Berathung und Austauſch der Ideen geſtütztes Gutachten. Daſſelbe kann aber ſowohl mündlich zu Protokoll, als ſchriftlich [105]) überreicht werden, wo dann gerichtsſeitig eine Friſt geſetzt wird [106]). Stillſchweigen wird nicht geboten [107]), auch kein Rotulus gefertigt [108]).

§. 18.

Was iſt Rechtens, wenn die Fachkundigen das abgegebene Gutachten abändern, oder geradezu widerrufen wollen?

In Bezug auf dieſe Frage laſſen ſich folgende verſchiedene Fälle denken:

I. Es ſoll nämlich entweder auf den Grund neu aufgefundener Thatſachen, oder nach behauptetem Sichbewußtwerden angeblich zuverläſſigerer Beſtimmungsgründe, bei noch nicht rechtskräftigem Erkenntniß, oder

---

105) Mascard de probat. III. concl. 1169. nr. 18. Struv l. c. §. 23. Vollſtänd. Erläuter. des gem. teutſchen und ſächſ. Proc. Bd. 3. §. 82. Danz ord. Proc. §. 356. Biener syst. process. 8. 155. i. f. Linde Lehrbuch §. 299. Seeger a. a. O. §. 69. In dieſem Fall muß es aber auch verſiegelt zu den Acten gegeben werden. Durantis l. c. fol. 764. nr. 11. „secrete offerant“. Schneider vom Beweis §. 566. Auch muß ſich dann der Verfaſſer gerichtlich dazu bekennen. Weiske a. a. O. §. 403. Nach Rettelbladt a. a. O. ſoll es nur ſchriftlich geſchehen können §. 388. Nach Rulant. l. c. L. I. L. IV. cap. 11. nr. 9 sq. wieder gar nicht ſchriftlich. Dagegen mit Recht Seeger a. a. O. §. 69. not. 69. Weiske a. a. O. meint: das Gutachten müſſe ſofort mündlich ad protocollum gegeben werden, und nur bei Gegenſtänden complicirter Art, bleibe ſchriftliche Einreichung nachgelaſſen. Durantis l. c. hat die Form eines ſchriftlichen Gutachtens aufgeſtellt.

106) Martin Lehrb. §. 221.

107) Martin a. a. O. Linde a. a. O. §. 299.

108) Martin am letztgen. Orte.

II. aus gleichen Gründen, bei schon eingetretener Rechtskraft des vom Richter gefällten Urtheils, von dem einzigen, mehreren, oder von der Gesammtzahl der beigezogenen Fachkundigen eine Abänderung oder auch Widerruf des abgegebenen Gutachtens bewirkt werden.

Zu I. 1) Sind der oder die Fachkundigen im Stande, den Richter von dem wirklichen Vorhandensein solcher neuen Thatsachen, welche, im Fall ihrer Existenz zur Zeit des abgegebenen Gutachtens, einen wesentlichen Einfluß auf dasselbe hätten üben können, zu überzeugen, dann kann es keinem unterliegen, daß, schon nach dem Princip der Zweckmäßigkeit, die beabsichtigte Veränderung oder Widerruf als statthaft anerkannt werden müsse. Die Parteien erhalten dann vom Stande der Sache Nachricht, und das Eine oder Andere wird, unter theilweiser Beobachtung des früheren Verfahrens, nach Vorliegenheit der Umstände besorgt. Nochmalige Instruction und Vereidigung sind natürlich nicht nöthig, sondern es genügt eine bloße Hinweisung.

2) Handelt es sich dagegen von einer Abänderung oder Widerruf des Gutachtens nach einem behaupteten Sichbewußtwerden angeblich zuverlässigerer Bestimmungsgründe, oder wie Seeger a. a. O. §. 70. sich ausdrückt, von einem anderen Gange der Reflexion der Sachverständigen, dann muß man bemerken, daß davon niemals die Rede sein sollte, weil man bei der Annahme des Gegentheils insofern eine endlose Schraube erhalten würde, als sich ein solches Bewußtsein zuverlässigerer Bestimmungsgründe, zum größten Nachtheil der Parteien, sehr oft wiederholen könnte. Die Beobachtung dieses Verfahrens hat zugleich das Zweckmäßige, daß dem Gewissen desjenigen Fachkundigen, der bei Abgabe des Gutachtens seiner Ueberzeugung gemäß verfuhr, nicht zu nahe getreten, in dieser Beziehung gewissenlosen Experten aber, die Möglichkeit, ein abermaliges unrichtiges Gutachten zu ertheilen, benommen wird.

Zu II. 1) Die Statthaftigkeit einer Abänderung oder

eines Widerrufs des Gutachtens wegen neu aufgefundener Facta muß, bei dem Daſein der unter **I. 1.** erwähnten Verhältniſſe, auch dann vollkommene Anerkennung finden, wenn das richterliche Urtheil die Rechtskraft ſchon beſchritten hat; nur daß dann nicht die theilweiſe Wiederholung des früheren Verfahrens, ſondern Caſſation des Erkenntniſſes die nächſte, unausbleibliche Folge iſt.

2) Eine Abänderung oder Widerruf des Gutachtens nach einem behaupteten Bewußtwerden angeblich zuverläſſigerer Beſtimmungsgründe, leidet dagegen hier ebenſowenig Anwendung, als in dem Falle **sub I. 2.** Die Gründe dafür ſind theils die daſelbſt angegebenen, theils liegen ſie in dem Umſtand, daß die Parteien durch die Nichtanfechtung des eröffneten Erkenntniſſes ihre Zufriedenheit mit den vorhandenen Beſtimmungsgründen ſo entſchieden an den Tag gelegt haben, daß eine Aufſtellung noch zuverläſſigerer Beſtimmungsgründe gar nicht mehr nöthig iſt.

Hier nur noch die Bemerkung, daß ſowohl im Fall unter **I. 1.** als **II. 1.** Meinungsverſchiedenheiten unter den Experten exiſtent werden können, die dann natürlich durch Anwendung der darüber geltenden Grundſätze ausgeglichen werden werden. Wenn nun die bisher entwickelten Grundſätze, beim Mangel einer geſetzlichen Grundlage, lediglich durch die Natur der Sache ihre Rechtfertigung erhalten, ſo wird es ſich doch auch nur ſelten ereignen, daß Abänderung oder Widerruf des Gutachtens wegen Auffindung neuer Thatſachen in Frage kömmt. Noch ſeltener aber dürfte ſolches unter den **I. II. 2.** bemerkten Umſtänden beantragt werden, weil das gegebene Gutachten das Reſultat einer reiflichen, oft ſehr langen Erwägung iſt, und die Achtung vor den Kenntniſſen der Experten, bei einer ſolchen Wandelbarkeit des Urtheils, immer eine Schmälerung erleidet.

§. 19.

Muß das Gutachten der Fachkundigen durch Gründe unterſtützt ſein?

Auch hierüber herrſchen die verſchiedenartigſten Anſichten. Nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten [109]) ſollen die Kunſt- und Sach-Verſtändigen nur dann verpflichtet ſein, dem Gutachten Gründe beizufügen, wenn ihnen ſolche vom Richter ausdrücklich abverlangt werden, auſſerdem daſſelbe aber auch ohne Gründe gültig ſein. Andere Juriſten [110]) verneinen die aufgeworfene Frage geradezu. Wieder Andere [111]) behaupten dagegen, daß ein Gutachten, wenn es Glauben verdienen ſoll, immer mit Gründen unterſtützt ſein müſſe. Zieht man nun in Erwägung, daß grundloſe Behauptungen im Leben überhaupt wenig Beachtung verdienen, mithin auch

---

109) Mascard de prob. Vol. III. concl. 1169. nr. 15. Farinac. de testibus Tit. 7. qu. 70. nr. 102.

110) Durantis l. c. fol. 764. nr. 11. Baldus zu Durantis ibid. fol. 766. Fink l. c. §. 40.

111) Pacian. de prob. L. I. c. 47. nr. 62. Rulant. de commiss. P. I. L. IV. c. 24. nr. 14. Mevius deciss. P. II. dec. 261. nr. 6. P. VI. deciss. 322 Hert. de ocul. inspect. §. 42. Stryk de jure sens. Diss. I. c. 3. nr. 3—6. Struv l. c. §. 24. Pufendorf obs. T. II. obs. CV. Seyfart a. a. O. S. 337. Claproth a. a. O. §. 312. Schneider a. a. O. §. 179. Stübel vom Thatbeſtand §. 340. Gönner a. a. O. §. 11. S. 444. Danz ord. Proc. §. 356. Mittermaier a. a. O. S. 140. not. 57., welcher dabei behauptet, daß aus dem Mangel an Gründen Nichtigkeit nicht erwachſe. Hefftter Crim. Recht §. 611. ſcheint die Angabe der Gründe für ein weſentliches Erforderniß nicht zu halten. Pratobevera a. a. O. S. 288. Linde Lehrbuch §. 299. 3. Scheinemann l. c. §. 19. behauptet, Gründe ſeien nur dann nöthig, wenn es bei Abgabe des Gutachtens hauptſächlich auf die Thätigkeit der Urtheilskraft ankomme; bei Gutachten über ſinnlich wahrnehmbare Verhältniſſe könne man ſie entbehren. Dieſer Anſicht iſt auch Seeger a. a. O. §. 69. a. E.

die Gutachten der Fachkundigen, durch die Triftigkeit der beigefügten Gründe, ihre Glaubwürdigkeit und Werth eigentlich erst erhalten, daß sich ferner beim Institut der Kunst- und SachVerständigen, wegen seiner Aehnlichkeit mit dem Richteramte, eine Verpflichtung zur Beifügung der Gründe in gleicher Weise denken läßt, wie beim Richter selbst, dann darf man gewiß annehmen, daß der Letztere ein, ohne Gründe abgegebenes, Gutachten in der Regel nicht anzunehmen braucht, sondern befugt ist, dasselbe, zur Nachholung des Unterlassenen, zurückzugeben. Dazu kömmt, daß die bei Weitem größere Anzahl ausgezeichneter Rechtsgelehrten, diese Ansicht theilt. Nur bei Schätzungen machen sich Gründe des Gutachtens in der Regel unnöthig [112]). Der ganze Streit wird übrigens dadurch gehoben, daß man den Experten gleich bei der Instruction bekannt macht, das abzugebende Gutachten müsse durch Gründe unterstützt sein, und werde ohne solche nicht angenommen. Beobachtet man dies, dann wird man nur in sehr seltenen Fällen ein Gutachten ohne Gründe erhalten [113]).

§. 20.

Ueber die Statthaftigkeit der Mittheilung des, von den ex officio beigezogenen Fachkundigen abgegeben, Gutachtens an die Parteien.

Fast die meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten [114]) sind, gewöhnlich mit Hinblick auf

D. XVII. 2. (Pro socio) fr. 79.

---

112) Danz ord. Proc. §. 356, a. E. Martin Lehrbuch des Proc. §. 220. not. b. Dagegen: Pacian l. c. L. I. c. 47. nr. 63. Arnold de Reyger Thes. jur. l. c nr. 13.

113) Das gehörig motivirte Gutachten verdient schon deshalb den Vorzug, weil sich die Parteien bei entstandenem Verdacht der Parteilichkeit weit eher dabei beruhigen.

114) Mevius P. III. dec. 215. nr. 4. P. VIII. dec. 26. nr. 9. Claproth ord. Proc. II. S. 400. Gönner a. a. O. S. 444.

D. XXXVIII. 1. (De operiis libert.) fr. 30.
C. IV. 38. (De contr. emt. et vend.) cst. 15.

der Anſicht, daß die Gutachten der Kunſt- und Sach-Verſtändigen den Parteien, zu Wahrung ihrer Rechtszuſtändigkeiten, alle Zeit mitzutheilen ſeien, und betrachten die Befugniß, die erſteren auf die geeignete Weiſe anzugreifen als einen Theil der Rechte der Litigirenden. Es iſt jedoch zu überlegen, daß die allegirten Geſetzſtellen insgeſammt, nur von dem arbitrio boni viri reden, und die darüber geltenden Grundſätze ſich durchaus nicht auf einen Rechtsſtreit anwenden laſſen, wo Fachkundige beigezogen werden. Dazu kömmt, daß es ſich im Fall des richterlichen Gebrauchs der Experten gar nicht mehr um eine Ermittelung thatſächlicher Verhältniſſe, ſondern lediglich um die, nach den Regeln einer beſonderen Kunſt, Wiſſenſchaft oder Sachkunde geſchehende, Information des Richters, zum Zweck der Befähigung zur Urthelsfällung handelt, worein die Parteien nichts mehr zu reden haben [115]; daß ferner aber auch die Lage der Parteien, bei Geſtattung einer Anfechtung, inſofern nur verſchlimmert wird, als man zeitraubende Beſtandtheile des wirklichen Beweisverfahrens berüber zieht, die doch nach dem Folgenden leicht zu umgehen ſind. Die behauptete Beeinträchtigung der Parteien, bei Nichtmittheilung des abgegebenen Gutachtens, iſt nur eine ſcheinbare, die ſofort verſchwindet, wenn man an die, den erſteren eingeräumte Berechtigung, das, auf den Grund des gegebe-

---

Hagemann pract. Erörter. Bd. 7, Erört. XI. XII. S. 24 f. Danz ord. Proc. §. 357. Martin Lehrb. §. 222. Bayer Vorträge S. 449. Linde Lehrb. §. 300. not. 1. Seeger a. a. O. S. 85. a. E. Heffter Inſtit. S. 388. iſt auch damit einverſtanden, aber der Meinung, daß aus der Unterlaſſung der Mittheilung eine Nullität nicht erwachſen würde. Dagegen Hagemann a. a. O. S. 24. flgde, aber gewiß mit Unrecht.

115) Bei dem eigentlichen Beweis durch Kunſt- und Sach-Verſtändige, gehören die Deductionen und Anfechtungen des Gutachtens zum Verfahren über die Beweisführung.

nen Gutachtens ertheilte richterliche, aber gravirliche Urtheil im Wege der Appellation anzufechten, sich erinnern will [116]). Zieht man dies Alles in genaue Ueberlegung, dann dürfte eine Nichtmittheilung des Gutachtens jedenfalls wohl den Vorzug verdienen.

§. 21.

Inwiefern ist der Richter an das Gutachten gebunden.

Man hat sich in neuerer Zeit, im Allgemeinen, aus leichtbegreiflichen Gründen darüber vereinigt, daß der Richter in der Regel an das, auf legale Weise abgegebene, Gutachten der von Amtswegen beigezogenen Experten gebunden sei, und findet ganz mit Recht, weder in dem Umstand, daß sich der Richter von der Richtigkeit des abgegebenen Gutachtens nicht überzeugen kann, noch darin, wenn die Fachkundigen in den Gründen differiren, in dem Resultate aber einverstanden sind, einen hinreichenden Grund, die Handlung unter Zuziehung anderer Experten zu wiederholen [117]). Ausnahmen hiervon müssen natürlich dann eintreten, wenn offenbare Fehler, oder störende Unvollständigkeiten vorliegen, oder endlich wegen der persönlichen Verhältnisse der Kunst- und Sach-Verständigen Nichtigkeit der ganzen Handlung zu besorgen steht [118]). Auch muß dem Richter wohl erlaubt sein, das Verfahren unter Beiziehung anderer Experten zu wiederholen, wenn sich eine so auffallende Meinungsverschiedenheit bei ihnen zeigte, daß der Richter gar nicht im Stande war, die Quintessenz für das Erkenntniß daraus zu ziehen [119]). Ab-

---

116) Mittermaier a. a. O. S. 136 137.

117) Vergl. Schneider vom Beweis §. 193. S. 112. und 479. Gönner a. a. O. §. 17. S. 457.

118) Claproth ord. Proc. §. 228. 314. Danz ord. Proc. §. 357. Schneider a. a. O. § 180. §. 194. Hagemann Erörter. Bd. VII. Erörter. XII. S. 26. 27.

119) Gönner a. a. O. S. 457. flgde.

geſehen von dem Bisherigen, bleibt es bei der Regel [120]). Bei dieſer Gelegenheit verdient nur noch bemerkt zu werden, daß nicht das Gutachten der Fachkundigen, ſondern immer nur das darauf gebaute richterliche Erkenntniß, der Erlangung der Rechtskraft fähig iſt [121]).

§. 22.

Ueber die Colliſion der Gutachten der von Amtswegen beigezogenen Fachkundigen.

Die vielleicht beſtrittenſte, für die Beantwortung aber unläugbar auch, ſchwierigſte Frage iſt die: wie der Richter

---

120) Für die eben entwickelten Grundſätze finden ſich auch ſchon in früherer Zeit tüchtige Autoritäten. Baldus zu Durantis l. c. fol. 766. Bursati consil. L. II. CLXXXIV. nr. 9. — sententiae arbitrorum — ac similium peritorum, in judicio emissae, nunqaam cetractenter, nisi de errore manifesto constet, ne detur progressus in infinitum, sed litibus finis tandem imponatur. Carpzov def. for. P. I. const. 26. def. 4 nr. 3. 4. Mevius dec. P. VIII. dec. 26. dann: Biener l. c. §. 156. Heffter Crim. Recht §. 612. not. 3. Weiske a. a. O. §. 399. Vergl. auch Seeger a. a. O. §. 75—78. Dagegen Durantis l. c. fol. 765. nr. 15. Judex tamen non tenetur sequi consilium. Paul. de Castro in Comment. super Codice ſtellt fol. 170 b. nr. 12. ad C. IV. 21. (De fide instr.) cst. 20. die Behauptung auf: „quod per eos (peritos) factum est potest per judicem emendari"; aber gewiß mit großem Unrecht. So dürfte auch Heffter Inſtitut. S. 368 etwas zu weit gehen, wenn er dem Richter ganz im Allgemeinen das Recht giebt, ein neues Gutachten einzuholen, ſobald er das vorgelegte mangelhaft finde.

121) Pacian de probat. L. I. c. 47. nr. 83. Rulant l. c. I. IV. c. XII. nr. 6. 7. Danz ord. Proc. §. 357. Mittermaier a. a. O. S. 137. §. 7. Biener l. c. §. 156. Linde Lehrbuch §. 300. not. 3. Seeger a. a. O. §. 81. Maranta l. c. fol. 547. nr. 131. iſt derſelben Meinung nisi illi periti essent assumti de voluntate utriusque partis quia tunc non potest ulterius retractari. Brunnemann ad Cod. X. 71. (De

bei vorkommender Verſchiedenheit unter den Ausſprüchen der Kunſt- und Sach-Verſtändigen ſich zu verhalten habe? Daß nach dem bisherigen hierbei natürlich nicht die, für den Fall widerſprechender Zeugenausſagen geltenden, Grundſätze Anwendung finden können, verſteht ſich ſchon von ſelbſt [122]). Auch iſt vorauszuſchicken, daß in dieſem §. nur von der Colliſion der Gutachten im engeren Sinne, und nicht von den ſpäter zu berührenden Schätzungen, wobei ein eigenthümliches Verfahren Statt hat, die Rede ſein wird.

Bezüglich der aufgeworfenen Frage exiſtiren im Ganzen 2 Hauptmeinungen.

A. Nach der erſten ſoll der Richter im Fall eines Widerſpruchs mehrerer Experten, lediglich an die Stimmenmehrheit [123]) gebunden ſein.

---

ponder. et auri illat) cst. 1. behauptet: es ſei doch richtiger, wenn man annehme: daß die Gutachten der Fachkundigen in Rechtskraft übergehen, nisi res certitudinem non admittat.

122) Hinſichtlich der wahrnehmenden und darſtellenden Experten iſt anderer Meinung: Puchta in der Zeitſchrift §. 10. S. 65.

123) Anhänger dieſer Meinung ſind: Rulant. l. c. P. I. L. IV. c. 20. nr. 20. Fink l. c. §. 36. Hertius l. c. §. 42. Struv l. c. §. 12. Scheinemann l. c. §. 23. Schneider vom Beweis §. 183. 188. und krit. Anm. XLI. S. 480. v. Gönner Hdbuch II. Abh. 45, §. 15. 16. 17. Danz ord. Proc. §. 357. not. d. v. Grolmann Theorie des ger. Verf. §. 84. S. 122. Pratobevera Materialien Bd. 8. S. 240. Biener l. c. cap. 155. Bayer Vorträge S. 362. Mittermaier a. a. O. S. 140. jedoch nur für den Fall der Zuziehung der Fachkundigen von Amtswegen. Seeger a. a. O. §. 73. S. 98. nr. 4. iſt der Meinung, daß nur in Fällen, wo es ſich von moraliſcher oder juriſtiſcher (die Möglichkeit eines Anderen nicht ausſchließenden) Wahrheit handle, die Stimmenmehrheit den Ausſchlag gebe; da aber (nr. 5) den Sachverſtändigen eine definitiv entſcheidende richterliche Gewalt nicht zukomme, und ihr Ausſpruch erſt durch das ihn adoptirende richterliche Erkenntniß vollkommene Geltung erhalte, ſo könne die Stimmenmehrheit eine abſolut durchgreifende Geltung nicht haben, ſondern begründe nur

B. Nach der zweiten aber, ſoll die Triftigkeit der dem Gutachten unterbreiteten Gründe entſcheiden. Dieſe Anſicht zerfällt jedoch wieder in zwei Unterabtheilungen, indem a) einige Rechtsgelehrte [124]) die Prüfung der Gründe dem Richter überlaſſen, b) andere wieder deren Prüfung nur durch von Neuem beizuziehende Kunſt- und Sach-Verſtändige geſchehen laſſen wollen [125]).

Die unter A. aufgeführte, und, wie wir ſahen, aller-

---

eine wichtige Vermuthung für die Richtigkeit der aufgeſtellten Anſicht, die durch andere wichtige Gründe entkräftet werden könne. Heffter Inſtit. S. 228. betrachtet die Stimmenmehrheit ebenfalls nicht als entſcheidende Norm.

124) Campegius l. c. f. 715. 3. Mevius dec. P. II. dec. 261 VI. dec. 322. Pufendorf obs. P. II. obs. CV. v. Cramer Wetzlar. Nebenſtunden Th. 6. nr. III. S. 36(Claproth ord. Proc. §. 316. doch ſcheint er Majorität der Stimmen gelten zu laſſen, wenn keine Gründe zum Gutachten vorhanden ſind. Danz ord. Proc. 4. Ausgabe. §. 356. Hagemann Erörter. Bd. VIII. Erört. XI. S. 24. Mittermaier a. a. O. S. 139. für den Fall der eigentlichen Beweisführung durch Kunſt- und Sach-Verſtändige. Heffter Crim. Recht §. 612 und Anm. 4

125) Martin Lehrb. des Proc. §. 218. Linde Lehrb. §. 296. a. E. Einen Mittelweg geht Puchta in der Zeitſchrift S. 67. 68. indem er zwar im Allgemeinen für die Stimmenmehrheit ſich entſcheidet, bei etwaigen erheblichen Zweifeln dagegen, jedoch der Meinung iſt, daß dann das Gutachten der Mehrzahl nicht ſofort zu verwerfen, und das der Minorität anzunehmen ſei, ſondern dann die Zuziehung anderer Experten verfügt werden müſſe. Eine ſehr unhaltbare Meinung findet ſich bei Pacian. de probat. L. I. c. 47. nr. 163., welcher auch in dem größeren Gehalte des Kunſt- und Sach-Verſtändigen einen Grund zur Bevorzugung ſeines Ausſpruchs finden will. Außer bei Campegius habe ich bei den italieniſchen Rechtsgelehrten des Mittelalters nach einer Erörterung der ebenbehandelten Materie vergeblich geſucht. Auch Weiske in ſeinem mehrerwähnten Handbuch des Proceſſes, berührt dieſe Streitfrage mit keinem Worte, was man doch hätte erwarten ſollen.

dings mit vielem Beifall aufgenommene, Anſicht verdankt ihre Entſtehung zwei Pandectenſtellen, nämlich:

D. XXV. 4. (De inspic. ventre) fr. 1. pr.

D. IV. 8. (De receptis) fr. 17. §. ult. fr. 18. fr. 27.

und wir wollen zu erforſchen ſuchen, ob mit Grund.

In den ſpäteren Kaiſerzeiten ereignete ſich einmal der Fall, daß ein gewiſſer **Rutilius Severus** ſeiner von ihm gewichenen, und die Behauptung ihrer Schwangerſchaft in Abrede ſtellenden, Ehefrau, zur Ergründung des wahren Sachverhältniſſes, einen Wächter beigeordnet wiſſen wollte. Beim Wegfall gütlicher Ausgleichung gelangte dieſe Angelegenheit zur Entſcheidung vor den ſtädtiſchen Prätor; dieſer aber trug Bedenken, einen ſo ſingulären Fall zu entſcheiden, machte deshalb höchſten Orts berichtliche Anzeige, und wurde darauf von den **divi fratres, M. Antonin. und Verus**, die ihr Befremden über die Ungewöhnlichkeit des Vorfalles ebenfalls nicht unterdrücken konnten, mit folgenden Reſcript bedeutet:

— — **nemo mirabitur si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. Igitur si perstat (Severus) in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae foeminae domum, in quam Domitio veniat: et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te assumtae fuerint, eam inspiciant: Et si quidem vel omnes vel duae renunciaverint praegnantem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem, admittat, atque si ipsa hoc desiderasset pp.**

Dieſes Kaiſerliche Reſcript iſt nun aber nichts anderes, als die zuerſt allegirte Geſetzſtelle, und die hauptſächlichſte Stütze derer, die das Princip der Stimmenmehrheit in Schutz nehmen. War es nun eines Theils beim Entwurf dieſes Reſcriptes nichts weniger als darauf abgeſehen, die Stimmenmehrheit für den Fall einer Colliſion der Gutachten von Kunſt- und Sach-Verſtändigen als allgemein bindende Norm im Civilproceß hinzuſtellen, ſo iſt dieſe Geſetzſtelle anderen Theils ſo höchſt ſingulär, wie die Beweggründe zu ihrer

Entſtehung, und als ein lediglich richterliches Proviſorium ferner durchaus nicht geeignet, das Princip der Stimmenmehrheit auch nur einigermaaßen zu unterſtützen. Das letztere würde aber, ſelbſt beim gänzlichen Wegfall der eben gezeigten Mängel, auch ſchon deshalb wenig zu empfehlen ſein, weil es bei gewiſſenloſen Fachkundigen keine ausreichende Garantie für die Rechtsſicherheit der Parteien abgiebt, und weder für den Fall einer Stimmengleichheit [126]), noch einer totalen Stimmenverſchiedenheit genügt. Aehnliche Bewandniß hat es mit den anderen, angeführten Pandectenſtellen. Alle drei Fragmente handeln entweder vom **arbiter datus** oder **receptus**, bei denen Entſcheidung nach Stimmenmehrheit geſetzlich allerdings eingeführt werden, weil die Natur der Sache es ſchon ſo erforderte. Iſt es nun aber ſchon im Allgemeinen ſehr gewagt, die Lehre vom Inſtitut des Arbiter auf die Kunſt- und Sach-Verſtändigen überzutragen, ſo tritt der analogen Anwendung obiger Geſetzſtellen auf unſeren Fall, auch noch der Umſtand hinderlich in den Weg, daß der römiſche **judex** an das **arbitrium** nicht nur nicht gebunden war, ſondern den Ausſpruch des **arbiter** unter Umſtänden ſogar berichtigen und verbeſſern konnte. Durch die Berufung auf jene drei Fragmente wäre alſo weiter nichts erzielt, als der, der aufgeſtellten Behauptung nur ungünſtige Beweis, daß der Richter an die Mehrheit der Stimmen unter den Experten gerade nicht gebunden, dieſelbe alſo auch an ſich nicht entſcheidend iſt.

Die unter **B. a.** aufgeführte Meinung iſt zwar eine ſehr alte, aber trotz dem eine ſehr unhaltbare, weil ſie bei dem Richter Kenntniſſe vorausſetzt, deren Mangel bei ihm ja eben die Zuziehung der Kunſt- und Sach-Verſtändigen veranlaßte. Gönner macht ihr daher mit Recht den Vorwurf der In-

126) Dies ſah auch Bayer (Vorträge S. 362) recht gut ein, wenn er als Vertheidiger der Stimmenmehrheit, dem Richter die Befugniß einräumte, für den Fall einer Stimmengleichheit, einen anderen Sachverſtändigen, oder ein Collegium beizuziehen.

conſequenz, und man hat ſie in neueſter Zeit faſt ganz verlaſſen. Noch bleibt die, unter **B.** 6. aufgeführte Anſicht zu erörtern übrig. Wer jemals in die ſchwankende Lehre von der Colliſion der Gutachten von Kunſt- und Sach-Verſtändigen eindrang, und wem bekannt iſt, wie ſehr ſchon in frühern Zeiten die Rechtsgelehrten, ohne Erzielung ſicherer Reſultate, auf dieſem Felde ſich verſucht und abgemüht haben, dem kann nicht entgangen ſein, daß es um die Aufſtellung einer allgemeinen, unbedingten Regel ein gewagtes und mißliches Ding iſt.[127]) Der Verfaſſer billigte daher anfänglich die Idee, daß man unter ſolchen Umſtänden wohl den richtigſten Weg einſchlagen würde, wenn man ſich mit der Feſtſtellung dieſer Streitfrage nicht mehr ſo angelegentlich befaſſen, ſondern jeden concreten Fall nach dem Princip der Zweckmäßigkeit beurtheilen, und ihn nach einer jener Hauptmeinungen beurtheilen wollte; umſomehr, als verhindernde Geſetze nicht exiſtiren, und die Schwierigkeit dieſer Materie ein ſolches Verfahren einigermaßen gewiß hätte rechtfertigen helfen. Da er aber bedachte, daß die Wiſſenſchaft, wie in jedem Falle ſo auch hier, Gewißheit verlange, und, ſelbſt angenommen, daß die Aufſtellung einer abſoluten Regel bedenklich erſcheinen möchte, dieſe Lehre der reinen Willkühr dennoch nicht preisgegeben werden dürfe; ſo kam er von jener Anſicht wieder zurück, und gewann die Ueberzeugung, daß die unter **B.** 6. aufgeſtellte Anſicht den Anforderungen der Vernunft und Zweckmäßigkeit um ſo gewiſſer genüge, als ſie vom Beifall der Geſetze nicht gänzlich verlaſſen iſt. Da der Gehalt und die Glaubwürdigkeit der, von den Kunſt- und Sach-Verſtändigen abzugebenden Gutachten nach dem Obigen vor allen Dingen durch die Triftigkeit der denſelben in jedem Falle beizufügenden Gründe bedingt wird, ſo kann es wohl keine haltbarere Behauptung geben, als daß bei vorkommenden Meinungs-

127) **Seeger** a. a. O. §. 71. 72. 73. dieſer Anſicht huldigend, ſtellt nur für einzelne Fälle gültige Bemerkungen auf, von deren Zulänglichkeit ich mich aber bis jetzt noch nicht überzeugen konnte.

colliſionen nach gleichen Grundſätzen zu verfahren ſei. Dieſe Anſicht trägt das Gepräge einer ſo entſchiedenen Natürlichkeit, daß man eigentlich nicht nöthig gehabt hätte, dieſelbe durch Berufung auf Geſetzſtellen zu unterſtützen. Gleichwohl hat man aus Liebe zur Gründlichkeit eine Bezugnahme auf das, dem Tractat des Arcadius de testibus entnommen fr. 21. §. 3. D. (de testibus) eintreten laſſen. Wenn nun auch nicht zu läugnen iſt, daß dieſe Stelle lediglich die Zeugen im Auge hat, ſo kann doch nichts hindern, die daſelbſt aufgeſtellten Grundſätze auf die Gutachten der Experten um ſo mehr analog anzuwenden, als der allgemein vernünftige Charakter dieſes Geſetzes eine ſolche Ausdehnung recht füglich geſtattet, und das verwandtſchaftliche Verhältniß zwiſchen den Fachkundigen und Zeugen, einem ſolchen Beginnen nicht abhold iſt. Jedenfalls ſteht ſo viel feſt, daß das Argument aus fr. 21. cit. unſerer Meinung viel mehr zu Statten kömmt, als das durch ſeine Singularität vielleicht einzig daſtehend, fr. 1. pr. de inspc. ventre denjenigen, welche ſich für die Entſcheidung nach Stimmenmehrheit ausgeſprochen haben. Wollte man nun aber die Triftigkeit der Gründe und deren Uebergewicht durch den Richter prüfen laſſen, dann würde man eben in jene Inconſequenz verfallen, die wir kurz vorher zu rügen Gelegenheit hatten. Um dieſelbe zu vermeiden, zieht der Richter nunmehr, unter Beibehaltung des früher gezeigten Verfahrens, Kunſt- und Sach-Verſtändige von bewährterer Geſchicklichkeit, oder, wo es zu haben iſt, ein ganzes Collegium derſelben zu. Dieſe neue Beziehung vertritt aber gewiſſermaßen die Stelle des Gegenbeweiſes, und macht nicht allein deßhalb, ſondern auch aus dem Grunde jede weitere Zuziehung von Fachkundigen überflüſſig und unſtatthaft, weil dieſe zum zweiten Male gebrauchten Experten kein neues Gutachten abzugeben, ſondern das frühere einer nochmaligen Prüfung unterzuſtellen, und die vorgekommene Colliſion durch Anſchluß an die, ihrer Ueberzeugung nach richtigſte, Meinung zu beſeitigen haben. — Abgeſehen von den obigen Gründen,

welche für ein solches Verfahren sprechen, so gewährt dasselbe auch noch den Vortheil, daß die Rechtssicherheit der Parteien hierbei weniger Gefahr läuft, als bei einer Entscheidung nach Stimmenmehrheit, und man denjenigen Verlegenheiten überhoben wird, welchen die Vertheidiger des Princips der Stimmenmehrheit dann anheim fallen, wenn sich Stimmengleichheit oder gänzliche Stimmenverschiedenheit herausstellt. Der von Schneider[128]) aufgestellten Ansicht, die Kunst- und Sach-Verständigen zusammengenommen als ein Collegium zu betrachten, und dieses an den Eigenschaften eines richterlichen Collegii Theil nehmen zu lassen, gebricht es aber gewiß an allem rechtlichen Grund, wenn man bedenkt, daß schon die allgemeinsten Requisite dazu fehlen, indem erstere weder einen fortdauernden Zweck haben, noch vom Staatsoberhaupt als Corporation anerkannt sind, als einzelne Privaten aber keinen förmlichen Collegialbeschluß fassen können. Die Analogie des Instanzenzuges bei den besprochenen Gutachten Platz greifen zu lassen wie Gönner[129]) will, läßt sich aber endlich schon deßhalb nicht rechtfertigen, weil in keinem Staate für alle Arten der Kunst- und Sach-Verständigen dergleichen Instanzen mit einem Subordinationsverhör angeordnet sind, und es auch an Bestimmung aller Form fehlt, die doch zur Verhütung willkührlicher Proceßverschleifung vorgeschrieben sein müßte.[130])

§. 23.

Von der Verantwortlichkeit und Haftung der im Verlaufe eines Civilprocesses beigezogenen Fachkundigen.

Das römische Recht hat der gegenwärtigen Materie in **D. XI. 6. (si mensor falsum modum dixerit.) fr. 1—7.**

---

128) Vom Beweis S. 480.

129) Im Handbuch a. a. O. S. 449. 453. Auch Bayer Vorträge S. 366.

130) v. Ende, jurist. Abhandlungen I. nr. 2. Schneider a. a. O. S. 486. Hagemann a. a. O. Erörter. 12 S. 27. not. 3. Mittermaier a. a. O. S. 139. Martin Lehrbuch §. 222. not. 6 Linde Lehrbuch §. 300. not. 8

einen ſolchen Grad von Aufmerkſamkeit zugewendet, wie wir ihn bei keinem andern Theile unſerer Lehre wiederkehren ſehen. Man könnte zwar dabei die Behauptung aufſtellen, daß die dort entwickelten Grundſätze vorzugsweiſe von der Haftungsverbindlichkeit der Menſoren handelten, und auf die übrigen Arten der Kunſt- nnd Sach-Verſtändigen nicht auszudehnen ſeien, allein dieſe Anſicht muß bei genauerer Betrachtung des 7. Fragments, wo ſowohl der Architect, als auch die Tabularien mit den Menſoren, hinſichtlich ihrer Verantwortlichkeit, auf gleiche Stufe geſtellt werden, wieder verſchwinden; und ſo bleibt kein Zweifel, daß der Inhalt der allegirten Geſetzſtellen auf alle, im Civilproceß [131]) vorkommenden, Kunſt- und Sach-Verſtändigen Anwendung leiden muß. Der feine Sinn der Römer betrachtete das Verhältniß zwiſchen den Experten und den ihrer Beihülfe Bedürftigen nicht wie eine contractmäßige Präſtation, die nach ſtrengem Civilrecht zu beurtheilen ſei (fr. 1. §. 1. D. h. t.), ſondern wie eine reine Gefälligkeit, und verließ dieſe Anſicht ſelbſt dann nicht, wenn für die Leiſtungen der Fachkundigen etwas gegeben wurde, indem dieſes nach ihrem Dafürhalten nicht den Charakter eines Lohns, einer Zahlung, ſondern einer bloßen Vergütung annahm (pr. D. h. t.). Unter ſolchen Umſtänden wäre es hart und inhuman geweſen, die Experten mit Verantwortlichkeiten hinſichtlich ihrer Verrichtungen zu überhäufen, daher denn der Prätor in ſeinem Edict den ſonach ganz billigen Grundſatz aufſtellte:

> daß den Erſteren genug aufgebürdet ſei, wenn man ſie für begangenen dolus, und die dieſem gleichkommende culpa lata verantwortlich mache. [132])

---

131) Vergleiche oben §. 2. A. und A. 2.

132) fr. 1. §. 1. h. t. Baldus zu Durantis l. c fol. 766. v. Löhr Theorie der Culpa. Gieſſen 1806. S. 194. Deſſen Beiträge dazu. Gieſſen 1808. S. 78. Haſſe, die Culpa des römiſchen Rechts. Kiel 1815. §. 68. S. 316. 317. Seeger a. a. O. §. 82. S. 116. Abweichende Anſichten finden ſich bei Duran-

Nur dafür haftet alſo der Kunſt- und Sach-Verſtändige. Dabei iſt es aber ganz gleichgültig, ob derſelbe eine Vergütung erhalten hat oder nicht (fr. 1. §. 1. D. h. t.), ob er in eigener Perſon oder durch einen Stellvertreter gefehlt hat (fr. 1. §. 2. fr. 2. §. 1. D. h. t.), und ob er vom Richter oder den Parteien gerufen worden iſt (fr. 3. §. 4. D. h. t.). Bloße Ungeſchicktheit kömmt nicht auf Rechnung des Fachkundigen, ſondern der, der ihn wählte hat ſich ſolches ſelbſt zuzuſchreiben, und ebenſo wenig hat Erſterer begangene **negligentia** zu vertreten (fr. 1. §. 1. D. h. t.). Bei wirklich begangenem **dolus** und **culpa lata** hat der verletzte Theil das Recht mit der **actio in factum** [133]) auf Erſatz des verurſachten Schadens zu klagen (pr. D. h. t.). Dieſe Klage, eine **actio perpetua** (fr. 4. D. h. t.), iſt jedoch rein ſubſidiariſcher Natur, und ſteht Jedem zu, der ein Intereſſe dabei hatte, daß die in Frage gekommene Verletzung nicht eintrat fr. 3. §. 1. D. h. t.); alſo

---

tis l. c. fol. 763. nr. 5., wo es heißt: Cosiliarii autem electi debent fideliter et pro utraque parte consulere. Quod si convincantur, de dolo, et inique consuluisse, de dolo tenentur, et alias puniuntur. Et contra inique consulentem, videtur, quod possit agi, quanti interest alicujus consilium datum non fuisse; et si non sit solvendo, videtur, quod debet restitui litigator ad pristinum jus. Et falsus consiliarius potest excommunicari, et infamis efficitur. — Sed si per imprudentiam falsum dedit consilium, non videtur excusari: imo debet puniri, quia imprudentia culpae annumeratur. Bursatus l. c. fol. 274. nr. 10 behauptet gerade zuwider den Ausſpruch der Fachkundigen werde nicht appellirt, ſondern bei vorkommender Verletzung finde man immer nur eine reductio arbitrium boni viri Statt. Globig a. a. O. S. 217. behauptet, der Sach-Verſtändige habe die geringſte Nachläßigkeit zu vertreten, und das römiſche Recht ſei jetzt gar nicht mehr anwendbar; aber gewiß ganz ohne Grund, wie ſchon Seeger a. a. O. S. 117. bemerkt hat.

133) Bei bloßen Verzögerungen des Geſchäftes greift die actio doli Platz; fr. 5. pr. D. h. t.

nicht nur dem Beschädigten selbst, sondern dessen Erben und sonstigen Vermögensnachfolgern (fr. 3. §. 5. D. h. t.). Mehrere Fachkundige haften wegen dolus und culpa lata in solidum, doch befreit die von Einem geleistete Entschädigung auch die Uebrigen (fr. 3. pr. D. h. t.). Ausnahmen vom Bisherigen finden nur bei wirklich vom Staate angestellten Fachkundigen Statt [134]), bei denen wegen sich zu Schulden gebrachter Verletzungen willkürliche Strafen [135]) eintreten.

§. 24.

Von den Schätzungen durch Kunst- und Sach-Verständige.[136])

Die Schätzungen [137]) oder Taxationen durch die sogenannten Achtsleute werden, um mögliche schädliche Einflüsse zu verhüten, unter Beibehaltung des früher schon gezeigten Verfahrens immer ohne Beisein der Parteien [138]) vorgenommen, und die Angaben der Schätzer sind in Gemäßheit des bisherigen, natürlich nicht als Zeugendepositionen, sondern ebenfalls als Gutachten anzusehen, worauf das richterliche Urtheil gebaut wird [139]); daher denn auch beim Eintritt differenter

---

134) Seeger a. a. O. §. 82. S. 117.

135) So wird bei Engau decis. Jenae 1761 P. III. dec. 93. nr. 4. eine Hebamme wegen bei der Besichtigung der Inquisitin verschuldeter großer Fahrlässigkeit mit 4wöchiger Gefängnißstrafe belegt.

136) Es ist natürlich auch hier nur von den, im Civilproceß von Amtswegen vorgenommenen, Schätzungen die Rede.

137) Dabei ist der wahre Werth zu Grunde zu legen, um den die Gegenstände der Schätzungen im gewöhnlichen Kauf und Verkauf zu haben sind; Weiske a. a. O. §. 404. Ausführlicher handeln davon: Mevius decis. P. IV. dec. 359. P. VI. dec. 168—164. Seyfart teutscher Reichsproceß. S. 334. 337 ffg. Claproth ord. Proc. §. 311. Seeger a. a. O. §. 74. Schaffrath a. a. O. Dieser jedoch blos von außergerichtlichen Schätzungen.

138) Claproth am letztgen. Orte.

139) Mevius dec. P. IV. dec. 359. Glücks Commentar Bd. 17. S. 62.

Meinungen nicht die, im Fall widerſprechender Zeugenausſagen geltenden Grundſätze in Anwendung zu bringen ſind. Eine Unterſtützung der Taxation durch Gründe iſt, wie wir oben (§. 19. a. E. und Anmerk. 113.) ſahen, in der Regel nicht erforderlich, und das gewonnene Reſultat wird den Parteien eben ſo wenig mitgetheilt, wie Gutachten anderer Art in unſerem Falle [140]). Nach geſchehener Schätzung wird vielmehr ſofort das Erkenntniß gefällt, oder die Acten wenigſtens für geſchloſſen betrachtet [141]). Sollte es ſich ereignen, daß das Ergebniß der Schätzung augenſcheinlich zu hoch oder zu gering ausgefallen, und vorauszuſehen wäre, daß die Parteien dabei ſich nicht beruhigen würden, dann muß eine Wiederholung der Schätzung ſchon aus allgemein vernünftigen Gründen eben ſowohl im Kreis der richterlichen Befugniſſe liegen, als den Parteien angeblich nach dem Argum. aus **D. XXXVIII. 1. (De operis libert.) fr. 30.** das Recht zuſteht, nach einigermaaßen geſchehener Erweislichmachung der vorliegenden, offenbaren Unrichtigkeiten, auf deren Wiederholung anzutragen [142]). Daß eine ſolche Berechtigung aber nicht das Mittel zur Verſchleifung des Rechtsſtreites werden darf, verſteht ſich eben ſo ſehr von ſelbſt, als daß die Parteien auch hier allen etwaigen Benachtheilichungen im Wege der Appellation Abänderung verſchaffen können. Tritt der Fall ein, daß die Angaben der Achtsleute durchgehends oder theilweiſe von einander abweichen [143]), dann gilt die Mittelzahl, welche durch Diviſion der

140) Dagegen Mevius dec. P. IV. dec. 359.

141) Martin Lehrb. des Proc. §. 222 not. a.

142) Mevius l. c. nr. 4. Claproth ord. Proc. §. 314. Hagemann pract. Erörterungen Bd. 7. Erörter. XII. S. 26. Die Anſicht bei Mascard. de prob. Vol. II. concl. 653. nr. 10. Daß in ſolchen Fällen den Schätzern der Beweis der richtig geſchehenen Schätzung aufzuerlegen, läßt ſich weder gemeinrechtlich noch aus andern Gründen erweiſen. Puchta in der Zeitſchrift a. a. O. S. 66. §. X.

143) Nach Mascard. l. c. nr. 15. 16. ſoll, bei einer Meinungsdifferenz unter zwei Schätzern, der einen, oder richtiger beiden

Zahl ſämmtlicher Schätzer in die Geſammtſumme der Schätzung gewonnen wird, fur die allein richtige und entſcheidende. Dies Verfahren kömmt auch dann in Anwendung, wenn die Glieder einer einzelnen Schürze ſich nicht vereinigen laſſen. Solche einzelne Schürzen können aber vorzüglich dann nöthig werden, wenn der Gegenſtand der Schätzung zuſammengeſetzter Art iſt, ſo daß deſſen Theile verſchiedene, in ein und derſelben Perſon nicht zu findende, Kenntniſſe erfordern [144]).

§. 25.

Von der Zuläſſigkeit eines nothwendigen Eides.

Daß bei der Zuziehung der Experten von Amtswegen eben ſo gut wie bei der eigentlichen Beweisführung durch dieſelben die Zuerkennung eines nothwendigen Eides Platz greifen kann, läßt ſich beſonders für den Fall recht gut denken, wenn nach abgegebenen Gutachten nothwendiger Weiſe zu beſeitigende Ungewißheiten vorliegen, deren Entfernung auf keine andere Art zu bemöglichen iſt, z. B. bei Schriftenvergleichungen [145]).

Parteien freiſtehen, einen dritten zuzuziehen, und dieſe Berechtigung auf den Richter übergehen, wenn Erſtere über den Dritten ſich nicht vereinigen können; allein dieſer Anſicht fehlt es am Beifall der Geſetze wie der Praxis.

144) Mit den bisherigen Aufſtellungen ſind faſt alle Juriſten einverſtanden. Vergl. Pocian. de probat. P. I. L. IV. c. 47. add. Caletti ad nr. 70. Claproth ord. Proc. §. 311. S. 396. Schneider vom Beweis §. 189. Danz, Proceß §. 356. Gönner Handb. a. a. O. §. 13. S. 450. Glück Commentar Bd. 17. S. 62. Martin Lehrbuch §. 221. Bayers Vorträge. S. 361. Puchta in der Zeitſchrift a. a. O. S. 65. 66. Linde Lehrb. §. 299. und Anm. 4. Seeger a. a. O. §. 74. Doch kann man ſeiner Anſicht, daß die Bildung der Schürzen, wenigſtens jetzt, nicht mehr allgemein ſei, obſchon mit Hinblick auf das Angegebene nicht beipflichten. Ueber die Mittelzahl bei Schätzungen ſiehe noch beſonders: Schneider a. a. O. krit. Anmerk. Nro. XLII.

145) Siehe überhaupt: Gönner Handb. a. a. O. S. 460. Danz ord. Proc. §. 338. Puchta in der Zeitſchrift a. a. O. §. XI.

Daß bei der unendlichen Mannichfaltigkeit der bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten in dieſer Beziehung aber das Meiſte dem richterlichen Ermeſſen anheim gegeben werden muß, dürfte kaum zu bezweifeln ſein.

§. 26.

Koſtenpunct.

Bei dem richterlichen Gebrauch der Fachkundigen im Civilproceß können, wie überhaupt in jedem Rechtsſtreit, Koſten in doppelter Hinſicht in Frage kommen. Einmal als bloßer Vorſchuß, wenn der Richter in den Fall kömmt, die Hilfe der Kunſt- und Sach-Verſtändigen vor Fällung des Erkenntniſſes in Anſpruch zu nehmen, und dann als eigentliche Koſten bei Entſcheidung der Sache. Im Betreff des Koſtenvorſchuſſes ſteht ſoviel feſt, daß derſelbe in jedem Falle von demjenigen Theile getragen werden muß, der die Anwendung der Experten veranlaßte [146]). Bezüglich der eigentlichen Koſten dieſes Verfahrens aber iſt die Mehrzahl der Juriſten [147]) darüber einig, daß dieſelben in der Regel gemeinſchaftlich getragen werden ſollen.

S. 68. 69. Dagegen mit Unrecht Claproth a. a. O. §. 316. Vollſtänd. Erläuter. des gem. teutſchen und ſächſ. Proc. Bd. 3. §. 82, Seeger a. a. O. §. 80. iſt der Meinung der Erſteren.

146) Seeger a. a. O. §. 68.

147) Raliceto super tert. cod. ad. Tit. 39. (Fin. reg.) cst. 3. fol. 81 nr. 2. l. c. Mevius dec. P. VIII. dec. 26. nr. 9. Seyfart teutſcher Reichsproceß. Cap. XVI. §. 6. S. 336. Danz ord. Proc. §. 350. S. 518. Seeger a. a. O. §. 68. i. A. läßt die Sache unentſchieden, und bemerkt nur: ob die eine oder andere Partei oder beide zuſammen am Ende die Koſten des Verfahrens mit Sach-Verſtändigen zu tragen haben, falle der dem Erkenntniß anzuhängenden Entſcheidung über den Koſtenpunct anheim.